Pontificia Universidad Católica Argentina

Biblioteca digital
de la Universidad Católica Argentina

Eleas, Luciana

El patrimonio fideicomitido como sujeto concursable

Trabajo Final Integrador
Maestría en Derecho Empresario
Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.
La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Eleas, L. (2016). *El patrimonio fideicomitido como sujeto concursable* [en línea]. Trabajo Final Integrador de Maestría en Derecho Empresario. Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho. Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/patrimonio-fideicomitido-sujeto.pdf [Fecha de consulta: …..]

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FINAL INTEGRADOR

MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIO

"EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO COMO SUJETO CONCURSABLE"

Alumno: Luciana Eleas

Registro N°:04-103037-0

Profesor Tutor: Dr. Osvaldo Norte Sabino

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS **1**

INTRODUCCIÓN **2**

CAPITULO PRIMERO: ASPECTOS INTRODUCTORIOS **7**

1. Antecedentes Históricos 7

a) Derecho Romano 7

b) El trust anglosajón 9

2. El fideicomiso en el Derecho Argentino 10

a) Código Civil de Vélez Sarsfield y la ley 24.441 10

b) Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) 14

3. El Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) 16

a) Concepto y características 16

b) Sujetos y partes intervinientes 18

c) Forma, contenido, objeto y plazo 20

d) Fuentes 21

e) Tipos de fideicomisos 21

CAPITULO SEGUNDO: INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO **23**

1. Problemática de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos 23

2. La insolvencia del patrimonio fideicomitido en el derecho comparado. 26

a) México y Panamá 26

b) Francia 28

c) Paraguay 29

d) Ecuador 31

e) Uruguay 33

3. Tratamiento de la insolvencia del patrimonio fideicomitido en la LF 34

a) El conflicto de la ley aplicable a la liquidación 38

b) El proceso extrajudicial de liquidación 42

c) El fiduciario como liquidador 46

d) Defensas de los acreedores contra del patrimonio fideicomitido 47

CAPITULO TERCERO: LA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO EN EL CCCN 49

1. El sistema de liquidación después de la reforma. Problemática del sistema actual 49

2. **¿Por qué el legislador mantuvo la prohibición de quebrar?** 55

3. ¿Por qué el legislador se resiste a considerar al fideicomiso como sujeto de derecho? 57

4. Opciones del fiduciario frente a la situación de insuficiencia de los bienes fideicomitidos 61

5. El concurso preventivo del fideicomiso 61

a) Principio de conservación y actuación preventiva 68

b) Antecedentes jurisprudenciales 70

c) La inconstitucionalidad del art. 1687 del CCCN 73

d) ¿Por qué las mutuales si y el fideicomiso no? 78

CAPITULO CUARTO: NORMAS DE LA LEY 24.522 DE APLICACIÓN PERTINENTE A LA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO INSUFICIENTE 82

1. La "pertinencia" como criterio para aplicar el régimen concursal 83

2. Principios de la LCQ aplicables a la liquidación del fideicomiso 84

a) Universalidad 85

b) Unicidad 86

c) Trato igualitario de los acreedores 86

d) Inquisitoriedad relativa 87

3. **Presupuesto objetivo para la liquidación. La noción de "insuficiencia"** 88

4. **Fuero de atracción y publicidad** 92

5. Legitimados para pedir la liquidación 92

6. ¿Quién estará a cargo de la liquidación? 95

7. Verificación de los créditos en el proceso liquidativo 95

a) Pasivo computable para determinar la insuficiencia 97

b) El supuesto del fideicomiso de garantía 100

8. Conservación y administración 105

9. Desapoderamiento 106

10. Acciones de recomposición patrimonial 107

a) Incorporación del régimen de ineficacias a la liquidación del patrimonio fiduciario. Período de sospecha y efectos sobre los actos perjudiciales a los acreedores 107

b) El sistema de ineficacias concursales de la LCQ 109

c) Sentencias y recursos 115

11. Efectos generales sobre relaciones jurídicas preexistentes 117

a) Obligaciones no vencidas. Caducidad de los plazos 117

b) Suspensión de los intereses 118

c) Bienes de propiedad de terceros 119

d) Acciones judiciales iniciadas en contra del fiduciario 119

12. Efectos sobre ciertas relaciones jurídicas en particular 119

a) Efectos sobre los contratos 119

b) Boletos de compraventa 120

c) Efectos personales del concurso y de la quiebra 121

d) Avenimiento 125

e) Liquidación del patrimonio y distribución de los bienes 125

f) Créditos laborales 126

g) Pago preferente. Gastos de conservación y justicia 127

h) Privilegios 127

i) Reglas procesales 128

j) Continuación de la explotación 128

k) Clausura del procedimiento 128

CAPITULO QUINTO: INCONSISTENCIAS DEL SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO PREVISTO EN EL ART. 1687 CCCN. 130

1. Extensión de la quiebra 130

a) Fideicomiso de acciones o de cuotas partes de una S.R.L frente a la LCQ 131

b) Extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible 136

2. Tratamiento tributario del fideicomiso 137

CAPITULO SEXTO: POSTURAS AFINES CON LA POSICIÓN ASUMIDA 140

1. La necesaria inclusión del fideicomiso al art 2 LCQ 140

2. Posiciones análogas 141

a) La posición fijada por la Doctora María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero y el doctor Edgardo Alberti 141

b) Primeras Jornadas Argentino Uruguayas de Sociedades Comerciales y Fideicomisos . 141

c) El proyecto de ley de la Diputada Liliana T. Negre de Alonso..... 141

d) Algunas posturas expuestas en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. 143

CONCLUSIÓN..... 145

BIBLIOGRAFÍA..... 153

a) Sitios Web Consultados 159

JURISPRUDENCIA RELEVANTE 160

ABREVIATURAS

art., arts…….artículo, artículos

inc…….inciso

s.s…….siguientes

ccds……..concordantes

cfr…….confrontar

CN……Constitución Nacional

CC……Código Civil

CCCN…….....Código Civil y Comercial de la Nación

LF……Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción

LCQ……..Ley 24.522 de Concursos y Quiebras

LSC……..Ley 19.550 de Sociedades Comerciales

LGS……..Ley General de Sociedades

CSJN…….Corte Suprema de Justicia de la Nación

SRL…….....sociedad de responsabilidad limitada

INTRODUCCIÓN

El fideicomiso, fue regulado como contrato típico recién en el año 1995, a partir de la promulgación de la ley 24.441 de "Financiamiento de la Vivienda y la Construcción" (en adelante LF), antes el dominio fiduciario solo estaba regulado por el art. 2.662 del CC y se trataba de una figura cuya aplicación estaba condenada socialmente, pues era equiparada a simulación o al fraude.

Como bien lo indica el título de la norma referida, en un principio, el fideicomiso fue pensado como un instrumento destinado al financiamiento de la vivienda, sin embargo en poco tiempo se convirtió en una herramienta fundamental para el desarrollo económico del país, que ha potenciado la inversión y el crecimiento de sectores tan diversos como el financiero, inmobiliario, la construcción, el consumo, la industria, la actividad forestal y agropecuaria, la realización de obras de infraestructura, etc.

Indudablemente el fideicomiso ha tenido en el mundo de los negocios un éxito pocas veces igualado por otras leyes innovadoras. La adopción del fideicomiso como forma contractual, "ha tenido la capacidad de impactar de lleno en tan variados aspectos de la actividad social y económica que resulta difícil imaginar límites para su aplicación, ya que sus fronteras se extienden hasta los confines de la legalidad intrínseca de los negocios subyacentes y de la imaginación. Tal vez haya sido la maleabilidad del fideicomiso, su capacidad de adaptarse a los más diversos negocios jurídicos y su aptitud para proteger los bienes afectados a tales negocios contribuyendo a su buen fin, lo que le ha dado ese grado de desarrollo"[1]

La LF describió por primera vez al fideicomiso como un patrimonio de afectación cuya finalidad típica es la transmisión de la propiedad fiduciaria. El art. 14 de la citada norma establecía que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. Se configuraba así la creación de un patrimonio especial, distinto del patrimonio propio de los demás sujetos intervinientes en el contrato. Ésta innovación que constituye el rasgo típico del instituto, se ha apartado de los principios

[1] CARREGAL, Mario A., "El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441", La Ley, 2007-B, 1165, p. 1, cita *online:* AR/DOC/1332/2007.

provenientes del derecho romano y del derecho francés relativos a la exclusividad e indivisibilidad del patrimonio y, sin duda se ha inspirado en las reglas del trust anglosajón.[2]

El nuevo CCCN incorporó a este contrato dentro de su articulado y definió al mismo en el art. 1666 que establece que 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 fideicomisario.

El esquema organizativo del fideicomiso, que fue mantenido incluso después de la reforma, ha demostrado una mayor agilidad y una mayor informalidad administrativa que han enfatizado sus ventajas a la hora de optar entre algunos de los vehículos para desarrollar y planificar el negocio[3], en primer lugar porque el patrimonio de afectación separado del patrimonio del fiduciante acota el riesgo de la operación económica al patrimonio fideicomitido, el cual constituye la garantía común de los acreedores. Estos bienes se encuentran separados y no se confunden con los de aquellos que lo constituyeron.

Esta separación de patrimonios se evidencia en el texto del art. 1686 CCCN según la cual, el patrimonio fideicomitido queda a salvo de cualquier acción singular o colectiva que los acreedores del fiduciante o fiduciario intenten contra el mismo, salvo que pudiera acreditarse la existencia de fraude y los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor. A su vez la insuficiencia del patrimonio fideicomitido no afectará a quienes lo constituyeron, lo administran o se encuentren designados como beneficiarios.

De este modo en caso de insolvencia de los bienes fideicomitidos el riesgo se limita únicamente a aquellos bienes. Frente a esta situación, la LF establecía un sistema de liquidación extrajudicial exclusivamente a cargo del fiduciario. Asimismo, el art. 16 de la referida norma expresamente prohibía la posibilidad de declarar la quiebra del patrimonio fiduciario en crisis. Ante las reiteradas críticas doctrinarias y la aceptación de la

[2] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de Fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 2003.p 340.
[3] JUNYENT BAS, Francisco; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción"; Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pp. 782-790.

judicialización de la liquidación por la jurisprudencia, la reforma impuso un cambio de paradigma con respecto al régimen de liquidación descripto. Si bien la nueva regulación mantiene la prohibición de quebrar, el art 1687, determina que la liquidación será judicial y que la misma se encontrará a cargo del juez, quien deberá fijar el procedimiento en base a las normas previstas para concursos y quiebras en lo que sea pertinente.

Advertimos, entonces que - por un lado - la reforma dio respuesta a varios interrogantes respecto del procedimiento de liquidación del patrimonio fiduciario en crisis, pero - por otro lado - dejó sin solución otros tantos, generando con ello evidentes incongruencias con el resto del ordenamiento jurídico.

Intentaremos demostrar a lo largo de este trabajo que la prohibición de quebrar establecida para el fideicomiso no tiene justificación práctica y que, consecuentemente, el legislador debió incorporar al fideicomiso en el art. 2 de la LCQ, dado que esta norma (salvo en lo que se refiere a los efectos personales de la quiebra sobre el fallido) resulta pertinente a los fines de llevar adelante la liquidación del patrimonio fideicomitido, justamente porque éste es el único sistema previsto en nuestra legislación que regula el problema de la insolvencia.

Además, habiéndose modificado el sistema de liquidación extrajudicial que preveía la LF, el fiduciario titular de un patrimonio en crisis no tiene más opción (salvo que contractualmente fiduciante y/o beneficiario se hubieran comprometido a efectuar aportes extras) que presentarse al juez y pedir la liquidación del patrimonio de afectación y pagar a los acreedores hasta donde el producido de los bienes se lo permita, que seguramente no será mucho, concluyendo necesariamente con la extinción del fideicomiso.

Entendemos que la judicialización de la liquidación en conjunto con la prohibición de quebrar (que para la mayoría de la doctrina también implica la prohibición de recurrir al concurso preventivo judicial y extrajudicial), han colocado al fideicomiso en una situación de desigualdad. Ello ameritaría, según cada caso concreto, la declaración de la inconstitucionalidad de aquella prohibición legal, en cuanto el fiduciario en su carácter de titular de los bienes fideicomitidos - a diferencia de otros deudores- no tiene opción alguna de salvataje ni judicial ni extrajudicial, solo puede requerir la liquidación de los bienes y debe hacerlo lo más rápido posible para eximirse de responsabilidad. Por otro lado la

prohibición de quebrar ocasiona grandes incongruencias legales que respaldan la posición descripta.

Asumimos esta postura por cuanto creemos que los distintos intereses afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta, los plurales sujetos involucrados que aspiran a la tutela legal y la necesidad de realizar justicia de tipo distributivo ante la imposibilidad de llevar a cabo la justicia conmutativa, explican y justifican la existencia de una legislación diferenciada- la ley concursal- que da respuestas distintas de las del derecho común a los conflictos intersubjetivos que se plantean cuando hay estado de cesación de pagos o insolvencia patrimonial[4] . Siendo éste sistema el único que prevé la situación de insolvencia debe ser aplicado también al patrimonio fideicomitido en crisis , máxime si contemplamos que la evolución legislativa y jurisprudencial, muestra una clara tendencia a la apertura del sujeto concursable en el derecho interno[5] y considerando que , si bien el fideicomiso no es de un sujeto de derecho, en los hechos opera como si lo fuera. Tan es así que Fisco equipara el fideicomiso – a los fines tributarios – a las sociedades comerciales, considerándolo persona jurídica. Se trata de una realidad innegable.

En este sentido seguimos a quien sostiene que en la realidad, el patrimonio fideicomitido es utilizado "como si tuviera personalidad" (porque se la proveería el fiduciario) pero no sería un sujeto, sino solo un patrimonio" que sería empleado en el mercado como si tuvieran una existencia "ex nihilo" y como si los negocios jurídicos suscitados en su derredor jamás pudieran llevar a responder al "otro" patrimonio de su titular.[6]

En esta lógica, el objetivo principal de este trabajo consistirá en analizar el sistema de liquidación del patrimonio fideicomitido (en un fideicomiso ordinario) previsto en el art 1687 del CCCN a la luz del ordenamiento jurídico vigente, para de determinar los

[4] ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 40.

[5] FIGUEROA, Tomás Ise, "Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos", La Ley 1999- A, 899, p.2, cita *online:* AR/DOC/3263/2001.

[6] TRUFFAT, Daniel, ponencia: "Tendencias y necesidad de reformas del derecho concursal ante la crisis global", VIII Congreso Derecho en Concursal del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México DF, del 17 al 19 de Mayo de 2012.

puntos de conflicto y las posibles soluciones frente a los mismos a fin de llegar a la confirmación de las hipótesis planteadas.

Para arribar a una conclusión general partiremos, en primer lugar del estudio de los antecedentes de la figura del fideicomiso ordinario y de su análisis en el derecho comparado y la legislación actual. Luego nos avocaremos a la observación, registro y clasificación de diferentes supuestos de hecho y conflictos vinculados con la insolvencia del fideicomiso ordinario, los que serán analizados considerando las diferentes posiciones doctrinarias y la evolución de la jurisprudencia sobre el tema en estudio.

CAPITULO PRIMERO: ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1. Antecedentes Históricos

a) Derecho Romano

El fideicomiso tiene su origen en el Derecho Romano. Las dos modalidades utilizadas para instrumentar estos negocios de confianza fueron: el *fideicommissum* y el *pactum fiduciae.*

El primero correspondía al derecho sucesorio y se empleaba cuando el testador deseaba beneficiar mortis causa a una persona que carecía de capacidad hereditaria, por lo que no quedaba más que rogar a su heredero que fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario. [7]

No existía mandato sino una mera suplica, confiando en la buena fe de la persona a quien la súplica iba dirigida. No había - en una primera etapa - acción para compeler al cumplimiento de tal manda, sin embargo esta figura se expandió por la cantidad de incapacidades establecidas por el Derecho Romano para heredar. A tal punto llegó la difusión de esta figura que, con el tiempo, se les atribuyó a los cónsules el entendimiento de estas cuestiones y posteriormente se creó una magistratura propia, el "*pretor fideicomisarius*[8]".

Esta aptitud del fideicomiso para alcanzar por vía oblicua objetivos vedados por la ley, contribuyó a su desprestigio, especialmente en los sistemas legales en los que el orden sucesorio estaba rigurosamente reglamentado[9].

Por ello, el instituto del fideicomiso testamentario fue reconocido por las legislaciones que siguieron a la tradición romana, bajo la denominación de sustituciones fideicomisarias. Estas fueron prohibidas por el Código de Napoleón para impedir la reunión de importantes riquezas en pocas personas. El CC receptaba esta prohibición en los

[7] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de...*, *op. cit.* p.p. 2-3.
[8] ESPARZA, Gustavo A., El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá, Gowa Ediciones Profesionales, Buenos Aires, 2006, p. 29.
[9] CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso: teoría y aplicación a los negocios*, Heliasta, Buenos Aires, 2008, p.38.

arts. 3723, 3730 y ccds. que impedían la sustitución fideicomisaria, esta fue modificada después de reforma conforme lo dispuesto en el art. 2491 CCCN y s.s[10] .

Paralelamente al *fideicommissum*, existía la *fiducia* que era un contrato real por el cual una persona trasmitía a la otra la propiedad de una cosa, agregando una clausula especial, por la cual quien recibía la cosa (*mancipatio accipiens)* se comprometía a restituirla a su transmitente (*mancipatio dans*) o utilizarla con determinado fin al cumplirse una condición o plazo establecido por las partes en el contrato[11].

Existían dos clases de fiducias según el fin del negocio fiduciario: En la fiducia de garantía (*fiducia cum creditore contracta*) el deudor transfería la propiedad de una cosa conviniendo con el acreedor en que ella le sería devuelta una vez pagada la deuda[12].

Al principio el fiduciante debía confiar en la buena fe del fiduciario, de modo que todos los riesgos eran asumidos por el deudor en base a la confianza que les inspiraba su acreedor. Pero con el tiempo se instituyó una acción ante el pretor para condenar al fiduciario a restituir la cosa o a indemnizar los daños y perjuicios. Esta figura cuyo objeto era garantizar una deuda desapareció en la época romano helénica y fue reemplazada por los sistemas de garantías reales estructurados con la prenda y la hipoteca, más favorables al deudor[13].

Por otro lado, existía el encargo en confianza (fiducia *cum amico contracta)* por medio de la cual se entregaba la propiedad para que el receptor la custodiara o la usara con lo que satisfacían los fines del depósito y del comodato[14]. Se trataba de un negocio de custodia o de administración para poner seguros determinados bienes, que se diferenciaba del *pactum fiduciae cum creditore* porque se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario.

---

[10] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de…*, *op. cit.,* p. 3.
[11] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil,* Abaco, Buenos Aires, 2004, p.35.
[12] LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., Fideicomiso. Leasing. Letras Hipotecarias. Ejecución Hipotecaria. Contratos de Consumición, Zavalía, Buenos Aires, 1996, p.25.
[13] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica..., *op. cit.*, p.35
[14] LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing…, op. cit.,* p.26.

El elemento de confianza que caracterizaba entonces a esta figura era muy sólido ya que, frente a los terceros, el fiduciario era el propietario de la cosa y como tal actuaba[15]. La convención que limitaba las atribuciones del fiduciario permanecía oculta, con lo que los abusos por parte del fiduciario eran frecuentes.

b) El trust anglosajón

Se ha definido claramente el *trust, "*como una relación fiduciaria respeto de determinados bienes, por la cual la persona que los posee *(trustee)* está obligado en derecho o equidad a manejarlos en beneficio de un tercero[16]".

Siguiendo a Carregal estimamos que la particularidad que identifica al *trust* es la existencia de dos categorías diferentes del derecho de propiedad en la misma figura y que recaen en forma simultanea sobre la misma cosa. Existen entonces dos propietarios conjuntamente: uno *in law* (el *settlor*) y el otro *in equity* (beneficiario).

Así, el sujeto que pone en marcha el trust, quien lo constituye voluntariamente es el *settlor* que trasmite la propiedad de un bien a un tercero para que éste lo administre, disponga del mismo o lo transfiera con un fin determinado, en beneficio de alguien. El destinatario es el *trustee* quien recibe la propiedad del bien en confianza, es el sujeto central del esquema. A su vez, el beneficiario, es a quien el *trustee* deberá entregar finalmente el bien o el producido del mismo y que - no obstante la falta de transferencia de dominio - será considerado propietario en equidad sobre los bienes afectados al trust. El beneficiario o *cestui que trust* es titular de un derecho de propiedad paralelo al del *trustee*[17].

De este modo los bienes objeto del trust pasan a ser propiedad del *trustee* y quedan sujetos a todas las consecuencias jurídicas que derivan del derecho de propiedad, pero los tribunales que ejercen la jurisdicción del derecho del propietario en equidad impiden que el fiduciario extralimite sus facultades en provecho propio, pudiendo incluso obligarlo a ejercer o transmitir el título dominial con el objeto de preservar o hacer efectivos los derechos del beneficiario.

[15] CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso: teoría…*, *op. cit.*, p.40.
[16] ESPARZA, Gustavo A., El fideicomiso. Introducción…, op. cit., p. 30.
[17] CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso: teoría…*, *op. cit.*, ps.42 a 50.

El derecho del beneficiario, y la acción para hacerlo efectivo, son de orden "equitativo" y no "legal"; por ello debe accionar (*bill in equity*) ante las "Cortes de Equidad", pudiendo dirigirse contra el fiduciario y no contra terceros[18]. En tal sentido, se ha sostenido que "el fideicomiso genera un patrimonio que pertenece al fideicomisario, de carácter *sui generis*, no idéntico a la plena propiedad. Frente a la ley común, el derecho del fideicomisario es inexistente y solo es eficaz por la actuación legal del fiduciario; pero desde la más amplia, la *equity*, el derecho del fideicomisario existe en toda su plenitud, y sigue la cosa donde se halle, hasta el límite que le impone la existencia de un tercer adquirente, de buena fe y a título oneroso. El derecho del fideicomisario es real en cuanto sigue a la cosa y es personal en relación al fiduciario[19]".

Las diferencias con la *fiducia* romana son evidentes: el *trust* se constituye por un acto unilateral voluntario del *settlor* y trae consigo una dualidad de propiedades (*in law - in equity*) y consecuentemente la doble jurisdicción. Con esta figura se evitaron los abusos propios de la *fiducia*, ya que el *trustee* debe compartir sus derechos con el propietario en equidad. Además se trata de un negocio típico porque la ley describe claramente las obligaciones a cargo del *trustee*.

Indudablemente, el trust corrió mejor suerte que el fideicomiso romano, nótese que tuvo gran difusión hasta la actualidad incluso en países no sajones. Por el contrario, el fideicomiso desde la época de Justiniano y especialmente en la Edad Media y posteriormente en la Edad Moderna se confundió con el sistema de sustituciones hereditarias lo que ocasionó el desprestigio de la figura. A esto debemos sumar las escasas disposiciones que dedicaron los códigos civiles al fideicomiso, sobre todo a partir del Código Civil Francés de 1804[20] .

2. El fideicomiso en el Derecho Argentino

a) Código Civil de Vélez Sarsfield y la ley 24.441

El fideicomiso tuvo tratamiento inicial en el CC de Vélez Sarsfield, vigente desde 1871, que desplazó la legislación hispánica aplicable hasta esa época y que - tomando

[18] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de…*, *op. cit.*, pp. 6 a 7.
[19] *Idem,* p. 7.
[20] ESPARZA, Gustavo A., El fideicomiso. Introducción…, op. cit., p. 32.

características de la *fuducia* y del *trust* - definió el dominio fiduciario en su art. 2.662 como aquel que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutiva, o hasta el vencimiento de un plazo resolutivo, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.

Se trata de un dominio imperfecto cuya definición surge del art. 2.507 del CC de Vélez por oposición al dominio perfecto. El primero no es perpetuo o se encuentra gravado con un derecho real, o bien debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición.

Cabe aclarar que no existían en el sistema de Vélez dos patrimonios separados, sino que el dominio fiduciario integraba, el mismo patrimonio del fiduciario, tan es así que el fiduciario hacía suyos los frutos de los bienes fideicomitidos, y al momento de restituir la cosa no se debían los frutos.

La incorporación del art. 2.662 al Libro Tercero de los Derechos Reales - Título VII del Dominio Imperfecto, demuestra que Vélez fue proclive a la incorporación de esta figura en el código (al igual que Freitas). Sin embargo, doctrinarios posteriores - entre ellos Salvat - se convirtieron en adversarios del art. 2662. Salvat entendía que las situaciones emergentes de la aplicación de dicho precepto caían en el caso del mandato, si se establece que la adquisición es para un tercero; o bien en el de la simulación por interposición de persona, si se hace ocultamente. Afirmaba que en ambos casos la propiedad corresponde lisa y llanamente al representado o al propietario oculto.

Antes de la sanción de la LF existieron varios proyectos de reforma que pretendieron la incorporación del fideicomiso en su cuerpo legal: el Proyecto Michelson de 1969 y -sobre su base- el anteproyecto de Parodi (1984); el proyecto del senador Velázquez Barsesco , Nápoli y Falsone (1984); el anteproyecto de notarios delegados de Tucumán (1985); el proyecto Silva (1986); el proyecto del PEN (1986), el proyecto de unificación civil y comercial (1987); el proyecto Storani- Terrile (1989); el proyecto Iribarne (1991); el proyecto de unificación civil y comercial (1992), etcétera[21].

[21] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica…*, *op. cit.*, p.38.

Finalmente, el 22 de diciembre de 1994, se sancionó la LF que fue promulgada por el decreto 43/95 el 9 de enero de 1995 y publicada en el Boletín Oficial el 16 de enero de 1995. Esta ley regula por primera vez y da tipicidad al fideicomiso ordinario (dentro de esta categoría al testamentario) y al fideicomiso financiero.

En su art. 1, expresa que "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". Luego, el art. 73 de la misma norma sustituye el art. 2.662 del Código Civil estableciendo que: "dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

De este modo la nueva norma, altera sustancialmente la definición de dominio fiduciario del Código Civil de Vélez.

Se trata de una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente que consiste en la trasmisión plena del dominio al fiduciario y del surgimiento de una nueva relación que nace en forma simultánea con la primera y que consiste en la obligación del fiduciario (adquirente del derecho real de dominio) de restituir el derecho al transmitente, o de transferirlo a una tercera persona una vez realizada la finalidad, todo por la confianza que el transmitente dispensa en el adquirente[22].

En el régimen del Código Civil de Vélez los bienes fideicomitidos formaban parte del patrimonio personal del fiduciario; en cambio para la LF, esos bienes integran un patrimonio que es separado del patrimonio propio del fiduciario (art. 14 LF). En el sistema elegido por la LF se evidencia una clara dualidad. Ya no existe una confusión patrimonial de los bienes propios del fiduciario y de aquellos incorporados al fideicomiso, sino que la norma en análisis reconoce la existencia de dos patrimonios separados, definiendo al patrimonio fideicomitido como un "patrimonio de afectación", ya que se encuentra

[22] LORENZETTI, Luis R., *Contratos. Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, t. I, p.289.

directamente relacionado con la finalidad concreta del fiduciante a la hora de decidir constituir el fideicomiso.

Si bien la trasmisión del derecho real de dominio al fiduciario está basada en la confianza, esta última se encuentra limitada por las obligaciones impuestas por el fiduciante al fiduciario (derecho personal) a través del contrato de fideicomiso. Por ello el fideicomiso en los términos de la LF es un contrato con efectos reales y obligacionales.

Continúa tratándose de un negocio de confianza, pero ahora la misma encuentra su límite en las obligaciones impuestas por el fiduciante al fiduciario.

La finalidad típica del contrato de fideicomiso es la trasmisión de la propiedad fiduciaria y esta constituye una excepción a la regla según la cual el dominio se trasmite en forma definitiva (dominio perfecto), ya que al final del plazo o cumplida la condición determinada por el contrato, el fiduciario debe restituir el dominio ya sea nuevamente al fiduciante o a la persona que éste último hubiera indicado al constituir el fideicomiso.

La comprensión de la idea de patrimonios separados resulta sustancial a la hora de analizar la temática en estudio, ya que - atento a que el patrimonio fiduciario se encuentra integrado únicamente por los bienes afectados al contrato de fideicomiso - el riesgo del negocio se limita a aquellos bienes, dejando a salvo (en caso de insolvencia) el patrimonio del fiduciante (propietario original de los bienes fideicomitidos), el fiduciario (titular del dominio luego de la transferencia de la propiedad) o el beneficiario, salvo fraude.

Así las cosas, mientras se encuentre vigente el fideicomiso, el fiduciario tendrá dos patrimonios separados, sin embargo, la garantía común de los acreedores del fideicomiso, estará constituida únicamente por el patrimonio fideicomitido, no pudiendo los acreedores del fideicomiso atacar el patrimonio del fiduciante ni el fiduciario.

Conforme lo manifestado, la LF con la novedad de la separación de patrimonios, ha colaborado enormemente al desarrollo de la figura del fideicomiso en la Argentina, sin embargo los 26 artículos referidos al fideicomiso, resultaron insuficientes al momento de resolver problemas complejos referidos al funcionamiento del contrato y sobre todo a su liquidación por insolvencia, lo que ha obligado a la doctrina y a la jurisprudencia a realizar complicadas interpretaciones de esta norma con la finalidad de llenar el vacío normativo .

b) Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)

El nuevo CCCN fue aprobado mediante la Ley 26.994, sancionada el 1° de Octubre de 2014 y promulgada el 7 de Octubre de 2014. Esta norma trata al fideicomiso en el Capítulo 30, dentro del Título IV ("De los contratos en particular"), del Libro Tercero ("Derechos Personales").

El Código apuntó al mejoramiento de la normativa existente en función de la experiencia, las críticas doctrinarias y la jurisprudencia existentes desde la sanción de la LF. Corrigió deficiencias técnicas, de sintaxis y errores gramaticales, mejoró la sistematización del articulado y llenó algunas lagunas, sin embargo no realizó cambios sustanciales en la figura.

De hecho, la Comisión Redactora al expresar los fundamentos de la reforma consideró que "el régimen vigente no merece cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación y demostró eficiencia en su aplicación".

En este sentido se propuso mantener la sistematización de la ley 24.441 y el texto del Proyecto de 1998, sin perjuicio de mejorar ciertos aspectos, a saber:

- "Se aclara que las universalidades pueden ser objeto del fideicomiso, sin perjuicio de la prohibición respecto de herencias futuras.
- Se determina que el fiduciario puede ser beneficiario, con la prevención de que debe evitar cualquier conflicto de intereses y actuar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes.
- Se aclaran las facultades del fiduciario y la situación del beneficiario, si el fideicomiso se constituye con fines de garantía.
- Se determina que la liquidación del fideicomiso por su insolvencia se realizará por vía judicial.
- Se determina la responsabilidad personal del fiduciario, si resultara de los principios generales de la responsabilidad civil.
- Se deslinda que se pueden incorporar limitaciones contractuales a las facultades del fiduciario y sus efectos con respecto a terceros contratantes con el fideicomiso.

- Se aclaran las normas del dominio imperfecto y sus efectos[23]".

Ciertamente la figura del fideicomiso desde su regulación en la LF, ha superado ampliamente el objetivo de servir como instrumento para para garantizar y facilitar el acceso a la vivienda. También ha excedido los límites del contrato de origen en la legislación romana, con el eje puesto en la confianza, por medio del cual se buscó proteger a los más indefensos. Desde entonces ha servido como marco jurídico de un sinfín de operaciones comerciales y como vehículo de todo tipo de inversiones con los fines más variados.

Si bien es cierto que la regulación del fideicomiso se mostró eficiente en la práctica y consecuentemente fueron muy pocos los conflictos judicializados en torno a esta figura, creemos que la Comisión Reformadora, tomando este argumento, omitió modificaciones de carácter necesario. Así, por ejemplo, con respecto a la regulación de la situación de insolvencia del patrimonio fiduciario (esto es "cuando los bienes que componen el patrimonio fideicomitido no son suficientes para hacer frente a las obligaciones contraídas por el fiduciario"), la reforma ha mantenido la prohibición de quebrar, limitándose a judicializar el proceso de liquidación y a establecer como normativa aplicable la Ley 24.522 (LCQ), "en lo que sea pertinente". Lo que genera dudas a la hora de la aplicación del actual art. 1687 CCCN referido: ¿Qué es pertinente y qué es impertinente para el nuevo código? Seguramente la laguna normativa será completada por los jueces quienes deberán, en cada caso concreto adecuar - en términos de "pertinencia" - el procedimiento previsto por la LCQ para liquidar un patrimonio insolvente.

Asimismo, advertimos que el Código Civil y Comercial reitera terminología ambigua de la LF: "insuficiencia de los bienes fideicomitidos", en lugar de hacer referencia a la inequívoca "cesación de pagos". Sigue admitiendo que el fiduciario es el encargado de determinar la existencia de "insuficiencia", no aclara si los acreedores del fideicomiso se encuentran en condiciones de requerir la liquidación y nada dice al respecto de la posibilidad de requerir la apertura del concurso preventivo del patrimonio fideicomitido en crisis.

[23] Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011, Abeledo Perrot, Buenos Aires,2012, p. 562.

En este orden de ideas, se evidencia que la reforma, particularmente en lo que respecta a la liquidación del patrimonio fideicomitido por insuficiencia de sus bienes se caracteriza por una defectuosa técnica legislativa que atenta contra la seguridad jurídica. Conforme analizaremos a lo largo del presente, el art. 1687 y ccds. ocasionará, en la práctica problemas de interpretación que la jurisprudencia seguramente comenzará a dilucidar e incongruencias con el resto del ordenamiento jurídico vigente.

3. El Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)

a) Concepto y características

Antes de entrar de lleno al tema central en análisis, estimamos necesario hacer una breve mención de las características y elementos principales del contrato de fideicomiso tal como los presenta la regulación hoy vigente.

El CCCN, en su art. 1666, define al fideicomiso estableciendo que: "Habrá contrato de fidecomiso cuando una parte, llamada fiduciante, trasmite o se compromete a trasmitir 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 fideicomisario". Es decir caracteriza al fideicomiso de manera indiscutible como un contrato, que se constituye por acto entre vivos o por disposición de última voluntad.

Seguimos a Carregal en cuanto el mismo conceptualiza al fideicomiso como un encargo efectuado por una persona a otra a cumplirse con relación a determinados bienes, cuya propiedad fiduciaria le transfiere o conviene transferirle con ese fin[24].

El contrato en estudio es:

a.1 Nominado: A partir de la regulación del fideicomiso en la LF éste se convirtió en un contrato nominado o típico, es decir que se rige por las reglas legales del tipo (derecho imperativo que a éste le corresponde), llenándose sus lagunas por el derecho

[24] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación…, op. cit., p.69.

supletorio estatuido en el tipo[25]**.** Actualmente, la regulación del fideicomiso se encuentra incorporada al CCCN a partir del art. 1666.

a.2 Consensual: El fideicomiso nace de un contrato, salvo cuando se trate de una disposición de última voluntad. Se trata de un contrato consensual. Es decir que queda concluido para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento[26].

El hecho de que la propiedad fiduciaria constituya un elemento esencial del mismo, no lo convierte en un contrato real ni con efectos reales[27].

La reforma mejora la redacción anterior, dejando en claro que el contrato existe desde su celebración, independientemente del momento en que se transfieran efectivamente los bienes, según el tipo de bien del que se trate.

a.3 Bilateral: El fideicomiso es un contrato bilateral o plurilateral según la cantidad de partes que intervengan. Requiere, por lo menos, de la concurrencia de dos voluntades: la del fiduciante y la del fiduciario, esta última es de carácter sustancial. Ni siquiera puede existir fideicomiso testamentario sin la aceptación del fiduciario operada en vida del testador o después de muerte.

La reforma refuerza la bilateralidad al referirse al fiduciante como "una parte", descartando la posibilidad de caracterizar este contrato como unilateral (como pretendió la CNV en un momento[28]).

Como excepción al carácter bilateral y consensual del fideicomiso encontramos la ley 25.284 de salvataje de entidades deportivas, que crea un sistema de administración fiduciaria con control judicial con el objetivo de brindar una solución a las entidades deportivas que se encuentran en estado de insolvencia a fin de excluirlas del ámbito de aplicación de la LCQ.

---

[25] LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general,* Zavalía, Buenos Aires, 1976, pp. 64 y 65.
[26] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de…*, *op. cit.*, p.186.
[27] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación…, op. cit., p.123
[28] KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio V., "El fideicomiso en el Proyecto de Reforma", La Ley 2012-E, 812, p.2, cita *online:* AR/DOC/3417/2012.

Si bien en un principio la constitución del fideicomiso por sentencia resultaba inadmisible, la referida norma prevé en su art. 5 que, en caso de asociaciones en quiebra, el juez debe - de oficio - disponer la creación de un órgano fiduciario que desplazará a los funcionarios de la quiebra y a los órganos institucionales y estatutarios que estuvieren interviniendo. Se trata de la creación por orden de un juez de un fideicomiso de administración de entidades deportivas con control judicial.

a.4 Neutro: No puede hablarse de un contrato oneroso si nos referimos a la trasmisión de la fiducia, ya que el fiduciante transfiere la propiedad a título de confianza con la seguridad de que el fiduciario cumplirá eficientemente con el encargo encomendado. Entonces, tanto en el fideicomiso contractual como el testamentario el contrato será a título oneroso si el fiduciario recibe una retribución por la ejecución del encargo recibido, o a título gratuito, si actúa *ad honorem*. Si no hay pacto al respecto de la retribución del fiduciario, el contrato se presume oneroso y de no haber acuerdo entre las partes la remuneración será fijada por el Juez (art.1677 CCCN[29]).

a.5 De ejecución continuada: En este contrato las obligaciones, sobre todo las del fiduciario, o convenciones son de ejecución periódica o fluyente, repetidas en el tiempo[30].

b) Sujetos y partes intervinientes

El art. 1666 del CCCN, menciona los sujetos que intervienen en el contrato de fideicomiso, a saber:

b.1 Fiduciante (también fideicomitente o constituyente): es quien trasfiere al fiduciario en propiedad bienes de su patrimonio en confianza para cumplir con la finalidad del fideicomiso.

b.2 Fiduciario: Es la figura central del contrato. Puede ser una persona física o jurídica, que recibe los bienes en propiedad y se obliga a administrarlos y luego a transferirlos a la persona designada en el contrato, es el depositario de confianza.

El CCCN ha modificado la LF en cuanto admite expresamente la posibilidad designar a más de un fiduciario, en este caso se configura un condominio en el cual los

[29] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación…, op. cit., p.72.
[30] ESPARZA, Gustavo A., El fideicomiso. Introducción…, op. cit., p. 52.

actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario y ninguno de ellos puede ejercer la acción de participación mientras dure el fideicomiso, siendo la responsabilidad de todos ellos, solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso.

Asimismo, el Código (a diferencia de la ley anterior) en su art. 1673 establece que el fiduciario puede ser beneficiario, en la medida que evite cualquier conflicto de intereses o privilegios con respecto a las demás partes integrantes del contrato, supuesto que resultaba inadmisible para la regulación anterior.

La regulación actual (art.1674) sigue exigiendo como estándar de conducta que el fiduciario se desempeñe *"*con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él*"*.

b.3 Beneficiario: se trata del destinatario de la estipulación que el fiduciante realiza en su favor. Puede tratarse de una o varias personas humanas o jurídicas. Puede no existir al momento de la constitución del fideicomiso pero en ese caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Es un requisito esencial del contrato de fideicomiso.

Luego de la reforma se prevé la posibilidad de designar varios beneficiarios, estableciendo la igualdad entre ellos. La norma determina que para el caso de renuncia o no aceptación de uno o más de los designados, o si no llegasen a existir, se puede establecer el derecho de acrecer o designar nuevos beneficiarios. Por otro lado, el beneficiario puede coincidir con otros sujetos: el fiduciante y fideicomisario. Asimismo, a partir de la reforma y unificación del CCCN, el fiduciario también puede ser beneficiario.

b.4 Fideicomisario: Se trata del destinatario de los bienes para el caso de que los beneficiarios no acepten, renuncien o llegaran a no existir y siempre que tal solución se encuentre prevista en el fideicomiso. Ya que el CCCN aclara que, en caso de que el fideicomisario no acepte, renuncie o no exista, los bienes volverán al fiduciante.

Sin perjuicio de la enumeración de todos los sujetos que pueden llegar a intervenir en la fiducia, en rigor técnico, las partes del fideicomiso son dos: el fiduciante y el fiduciario. En tal sentido, se ha dicho que el beneficiario o el fideicomisario pueden coincidir al inicio o al final de la estipulación con el fiduciante y que si no fuera así - es

decir si fueran distintos al fiduciante - estaríamos frente a terceros en cuyo favor se hace una estipulación que pueden no aceptar[31].

c) Forma, contenido, objeto y plazo

El fideicomiso es un contrato formal. En tal sentido, el art. 1669 del CCCN establece que podrá celebrarse el mismo por instrumento público o privado, excepto cuando se transfieran bienes que requieran del instrumento público. En ese caso si no se cumple la formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo.

Asimismo, el CCCN (art. 1667) exige ciertas cláusulas con carácter esencial: deben individualizarse los bienes objeto del contrato y , si no es posible, describir los requisitos y características que deben poseer aquellos bienes; debe determinarse el modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso; el plazo o la condición a la que se sujeta la propiedad fiduciaria; es necesario identificar al beneficiario o determinar la manera de hacerlo; debe constar en el contrato el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo y por último, debe prever los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa.

Sobre el objeto del contrato, el art.1670 del CCCN establece que "pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso las universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras". De este modo, siguiendo la opinión de López de Zavalía[32], la reforma se inclinó por la tesis amplia que incluye cosas y bienes y terminó con la discusión doctrinaria al admitir que las universalidades pueden ser objeto del contrato en análisis.

Con respecto al plazo, el CCCN, el art. 1668 respeta el anterior de 30 años desde la celebración del contrato como límite máximo de duración del fideicomiso. La norma referida aclara que, en caso en el que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida el plazo se prolongará hasta el cese de la incapacidad o su muerte.

[31] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de..., op. cit.,* p.188.
[32] LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos,* Zavalía, Buenos Aires, 1984-1995, t. V, p. 796.

d) Fuentes

Con respecto a las fuentes del fideicomiso, la ley recepta dos: el contrato y testamento (disposición de última voluntad), extendido en alguna de las formas previstas por el CCCN, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el art. 1667.

e) Tipos de fideicomisos

Por último, es preciso hacer referencia a la clasificación que efectúa la ley del fideicomiso en ordinario (art. 1666) y financiero (art.1690) al que caracteriza como un subtipo del ordinario y que se encuentra sujeto a reglas particulares previstas en las secciones 4°, 5° y 6° (Capitulo 30 – Titulo IV). Asimismo, el CCCN regula el otrora cuestionado fideicomiso de garantía en el art. 1680.

Pero la realidad es que, atento a la flexibilidad del instituto en análisis, y al principio de libre contratación que rige la materia, es casi imposible hacer mención a la totalidad de negocios que pueden arbitrarse a través del fideicomiso. Kiper y Lisoprawski - según la función o finalidad inmediata de los bienes fideicomitidos y por la función que, en relación a ellos, cumple el fiduciario - reúnen las especies en cuatro grupos: los fideicomisos de inversión, los fideicomisos de garantía, los de administración y los mixtos, estos últimos resultantes de la combinación de las anteriores categorías[33]. Estos autores a modo ejemplificativo refieren a algunas de las especies de posible utilización en nuestro medio, entre ellos:

- Fideicomiso de administración
- Fideicomiso de inversión
- Fideicomiso de garantía
- Fideicomiso testamentario
- Fideicomiso de seguros
- Fideicomiso de desarrollo

[33] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de…, op. cit.*, p.197.

- Fideicomiso inmobiliario
- Fideicomisos prestacionales o de fondos de pensión
- Fideicomisos del estado o públicos
- Fideicomisos de voto o sindicación de acciones
- Fideicomisos a favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, etc.[34]

[34] *Idem*, p.198.

CAPITULO SEGUNDO: INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO

1. Problemática de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos

En base a lo dispuesto por la LF y luego por el CCCN, mientras se encuentre vigente el fideicomiso, el fiduciario tendrá dos patrimonios separados. Luego, la garantía común de los acreedores del fideicomiso, estará constituida únicamente por el patrimonio fideicomitido, no pudiendo los acreedores del fideicomiso atacar el patrimonio del fiduciante ni el del fiduciario.

La comprensión de la idea de patrimonios separados resulta sustancial a la hora de analizar la temática seleccionada, ya que - atento a que el patrimonio fiduciario se encuentra integrado únicamente por los bienes afectados al contrato de fideicomiso - el riesgo del negocio se limita a aquellos bienes, dejando a salvo (en caso de insolvencia) el patrimonio del fiduciante (propietario original de los bienes fideicomitidos) y del fiduciario (titular del dominio luego del perfeccionamiento del contrato), salvo fraude.

La separación de patrimonios es una característica propia de los fideicomisos latinoamericanos para los cuales la propiedad fiduciaria pasa a conformar un patrimonio separado, especial y autónomo[35]. En tal sentido, sostiene Esparza (al referirse a las características comunes entre las legislaciones argentina, mexicana y panameña) que "ello genera como mínimo una doble consecuencia jurídica, consistente en receptar en las legislaciones un principio de la doctrina y legislación principalmente alemana, y a su vez una excepción a la teoría de la unidad del patrimonio con el correlato de la limitación en materia de responsabilidad. Se avanza hacia una tendencia moderna en materia de concepción del patrimonio que se aparta, en este puntual tema de los antecedentes romanos y franceses, de los ordenamientos civiles[36]"

En Argentina, el CCCN, expresamente establece que "los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario*"* (art.1685). Asimismo dispone que "los bienes

[35] En el caso de la legislación ecuatoriana se encuentra dotado de personalidad jurídica.
[36] ESPARZA, Gustavo A., El fideicomiso. Introducción…, *op. cit.*, p. 54.

fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal. Los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor". De este modo, la nueva norma, recepta, casi textualmente la letra de la LF (arts. 14 y 15) con la diferencia que aquella incorpora como novedad la posibilidad de que los acreedores del fiduciante inicien - además de las acciones por fraude del CCCN - las acciones de ineficacia de la LCQ a las que nos referiremos más adelante.

En consecuencia, ante la insolvencia del patrimonio fiduciario, el riesgo se limita a la perdida de aquellos bienes que fueron afectados al cumplimiento de la finalidad determinada en el contrato (o testamento). Ni el fiduciario, ni el fiduciante, beneficiario o fideicomisario responderán con su propio patrimonio por las obligaciones contraídas durante la ejecución del fideicomiso. Salvo, claro está, que se demuestre el incumplimiento de las obligaciones encomendadas al fiduciario y se determine su responsabilidad o bien se compruebe que el fideicomiso fue constituido como medio para defraudar a los acreedores del fiduciante.

El objetivo del legislador fue, sin dudas, mantener al fideicomiso fuera del complejo, costoso y lento régimen concursal, pero sin embargo no previó un sistema eficiente y coherente de liquidación del patrimonio fiduciario. Por ello creemos que la solución legal actualmente vigente no resulta más favorable ni económica que el sistema liquidativo de la ley concursal.

Situémonos frente a un patrimonio fiduciario de relativa envergadura que cae en insolvencia, que tiene por lo menos 100 acreedores, algunos laborales, también proveedores, acreedores financieros, créditos impagos por honorarios, compradores de unidades no terminadas, etc. Este patrimonio tiene como causa un fideicomiso inmobiliario cuyo objeto es la construcción de edificios de oficinas y que opera en distintas provincias del país.

No se trata de un supuesto meramente hipotético, esta clase de empresas existen en Argentina e incluso se han desarrollado y crecido utilizando al fideicomiso como instrumento para ello.

Pensemos cómo se llevaría a cabo la liquidación de este patrimonio fiduciario y a qué problemas se enfrentaría el fiduciario: ¿Cómo sabrá en qué momento exacto determinar el comienzo de la situación de "insuficiencia de los bienes"? ¿Debe notificar al fiduciante y al beneficiario/fideicomisario? ¿Debe requerir de estos últimos colaboración económica aunque no esté previsto en el contrato?, ¿Cuándo y cómo liquida? ¿Cómo convoca a los acreedores? ¿Puede ir pagando algunos créditos, los primeros que le sean reclamados?

Si analizamos el supuesto desde la problemática de los acreedores nos preguntamos por lo menos: ¿Cómo harán éstos últimos para enterarse de la decisión del fiduciario de liquidar? ¿Pueden cuestionar el estado de insolvencia o la fecha en la que fue determinada por el fiduciario? ¿Cómo exigen el pago de sus créditos? ¿Cómo reclaman si consideran que el crédito determinado por el fiduciario es incorrecto o si advierten una situación de desigualdad con respecto a otros acreedores?

La ausencia de normas claras y completas que regulen el supuesto de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos se evidencia en el texto de la LF y luego nuevamente en el CCCN. Entendemos que la primera norma reguló el fideicomiso cuando aún no existían antecedentes o una extensa experiencia en función de la cual adaptar la ley, pero este argumento ya no resulta válido para justificar las omisiones y ambigüedades del texto reformado del CCCN, por cuanto quienes intervinieron en la redacción del mismo estaban advertidos al respecto de la problemática del asunto en análisis, ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina durante los últimos años hicieron eco de la complejidad que reviste este tema y reclamaron por la ausencia de normas claras y eficientes que den solución al mismo.

Bajo la vigencia de la LF los jueces se vieron obligados a buscar, en cada caso, un sistema liquidativo que no sea el de la LCQ, salvo en lo que se refiere al orden de privilegios que resultaba expresamente aplicable a la liquidación del patrimonio fiduciario.

Después de la reforma, el CCCN, mantiene la prohibición de quebrar pero establece que la LCQ se aplica "en lo que sea pertinente*",* lo que parece una incongruencia: el fideicomiso no quiebra pero para liquidarse se aplican las disposiciones de la LCQ. La

remisión a este ordenamiento es ahora directa y expresa, lo que tendrá que determinarse esta vez es: qué es lo pertinente a los fines de liquidar el fideicomiso.

Nosotros sostenemos que, a partir de la reforma del art.16 de la LF, el fideicomiso se ha convertido en un sujeto concursable de hecho, a pesar de la prohibición legal de quebrar. Y esto no porque pretendamos intencionalmente incumplir con una norma vigente, sino simplemente porque advertimos que para el caso de un patrimonio fiduciario en crisis se aplican (por resultar pertinentes), prácticamente todas las normas de la LCQ, menos aquellas referidas a los efectos personales de la quiebra sobre el fallido, por razones obvias y porque consideramos que la inaplicabilidad de ciertas normas - en atención a las especiales características del patrimonio de afectación - no justifican el mantenimiento de la prohibición de quebrar.

El asunto es que la LCQ, a pesar de que se trata de un régimen que se encuentra en crisis y que exige una revisión legislativa en la actualidad es, sin embargo, la única norma en nuestro ordenamiento jurídico que prevé un proceso frente al supuesto de la insolvencia, organiza un sistema liquidativo lógico y ordenado compuesto de requisitos y etapas que dependen recíprocamente los unos de los otros. En este contexto, no es posible - sin alterar la coherencia del sistema - aplicar normas aisladas y mezclarlas con otras pertenecientes a distintos tipos de sistemas liquidativos[37].

En esta lógica advertimos que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos es equiparable a la situación de insolvencia por la que puede atravesar cualquier otra empresa, comerciante o patrimonio incluido en el art. 2 de la LCQ, pero con la única diferencia que en este caso hablamos de un patrimonio que ha sido excluido del referido artículo.

2. La insolvencia del patrimonio fideicomitido en el derecho comparado.

a) México y Panamá

[37] Algunas soluciones jurisprudenciales y doctrinarias - para justificar "la no violación de la prohibición legal"- propusieron un proceso mixto que por ejemplo incluya los principios del régimen concursal pero el sistema liquidativo de la ley de Sociedades Comerciales (19.550).

Ambos países regularon la figura del fideicomiso mucho antes que la Argentina y sus leyes constituyeron algunas de las más influyentes fuentes de la LF.

Se ha dicho que corresponde a México el haber iniciado la primera cristalización del movimiento de expansión internacional del *trust* y de las *trust companies.*[38] . De hecho, los primeros antecedentes del fideicomiso en México datan de 1908. Fueron unas emisiones de bonos para financiar la construcción del ferrocarril, realizadas en los Estados Unidos bajo las formas del trust. A ello se sumó luego el proyecto Limatour de 1905. En los dos casos el objetivo fue favorecer el ingreso de capitales americanos al país. En 1924 se dictó la "Ley general de instituciones de créditos y establecimientos financieros". Posteriormente, en el año 1932, se dictó la "Ley general de títulos y operaciones de créditos" que fue reformada numerosas veces hasta la actualidad[39].

El segundo país que instituyó en su legislación la figura del fideicomiso fue Panamá, gracias a la influencia del jurista panameño Ricardo Alfaro quien presentó un proyecto de ley inspirado en el sistema del *trust* anglosajón. En enero de 1925 se sancionó la ley 9 que caracterizaba a la figura como un mandato irrevocable que fue criticado por parte de la doctrina porque el mandato se extingue con la muerte del mandante, lo que no ocurre en el fideicomiso si fallece el fiduciante. Esta norma fue derogada por la ley 17 en el año 1941 y finalmente modificada por la ley 1 del 5/1/84 que caracteriza al fideicomiso como un acto jurídico y que regula la materia hasta la actualidad

Panamá no prevé la situación de la insolvencia del patrimonio fiduciario en su cuerpo legislativo que solo hace referencia a la necesidad de excluir al fiduciario en el caso de que éste - con su patrimonio personal- caiga en insolvencia.

En cambio en la Exposición de Motivos de la ley de Concursos Mercantiles del 23 de noviembre de 1999, el legislador mexicano al referirse al concurso del patrimonio fideicomitido señaló lo siguiente: "Se aclara que puede ser sometido a concurso el patrimonio fideicomitido cuando se afecte a actividades empresariales".

[38] BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, Jus, México, 1995,p.82.
[39] ESPARZA, Gustavo A., *El fideicomiso. Introducción*…, *op. cit.*, pp. 41,42.

Por otro lado, la ley de Concursos Mercantiles[40], en el apartado II de su art. 4 establece: "II. Comerciante es la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio". Claramente, este concepto comprende al patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales. Igualmente comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas a las que se refiere el art. 15 de la misma ley[41].

Con respecto a este tema, Jorge A. Domínguez Martínez[42] , desde la óptica de la legislación mexicana trata la procedencia de la "concursabilidad" del patrimonio dado en fideicomiso, según la actividad que se desarrolle con los bienes (de forma equivalente a la distinción que mantenía la redacción del art. 2 de la ley argentina 19.551). De este modo si se tratara de un fideicomiso comercial estaría entre las previsiones de los sujetos concursables, en cambio si fuere civil no sería pasible de concursamiento[43].

Por otro lado, Rodolfo Batiza[44], avanza sobre la posición de Domínguez Martínez y considera que la concursabilidad la da el sujeto. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la ley presume que la "actividad del fideicomisario" lo es a título oneroso, se lo incluye en la categoría de sujeto pasible de concursamiento, conforme lo establece el art. 3 de la ley mexicana (Conf. art.2 ley 19.551 derogada), razón por la cual concluye Batiza que al "patrimonio fideicomitido" le es aplicable la ley de concursos comerciales[45].

b) Francia

Recién en febrero de 2007, Francia sancionó su ley de fideicomiso (N°2007-211). Se trató de una reforma al Código Civil por medio de la cual se incorporó la figura en los arts. 2011 a 2031. Se trata de una norma con gran contenido de carácter fiscal y contable.

---

[40] Ley de Concursos Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 12/05/2000.

[41] MÖLLER, Mariano, "El concurso del fideicomiso empresarial en México", en *"El fideicomiso en las sociedades y los concursos,* Legis, Buenos Aires, 2011, p. 249.

[42] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso,* Porrúa, México, 1972, p.233.

[43] FIGUEROA, Tomás Ise, "Cuasi concursabilidad…", *op. cit.* p.2.

[44] BATIZA, Rodolfo, El fideicomiso..,*op. cit.*, p.414, cit. por FIGUEROA, Tomás Ise, "Cuasi concursabilidad…",*op. cit.* p.2.

[45] *Ibidem*.

Con respecto a la insuficiencia del patrimonio fideicomitido, el art. 2025 establece que: "el patrimonio del fiduciante constituirá la garantía prendaria común de dichos acreedores, salvo estipulación en contrario incluida en el contrato de fideicomiso, en virtud de la cual se establezca que la totalidad o una parte del pasivo quedará a cargo del fiduciario. Asimismo, el contrato de fideicomiso podrá prever que la obligación de hacer frente al pasivo fiduciario se limite al patrimonio fiduciario. Una cláusula de esta índole solo será oponible a los acreedores que expresamente la hayan aceptado[46]".

Se advierte que el sistema francés coloca en último lugar la solución receptada por la ley argentina: admitir como garantía de los acreedores del fideicomiso al patrimonio fideicomitido. En este sentido, si el patrimonio fiduciario cae en insolvencia, responde: a) el patrimonio del fiduciante; b) el patrimonio personal del fiduciario si se pacta expresamente que todo o parte del pasivo va a estar a su cargo, liberando de ese modo al fiduciante; c) El patrimonio fideicomitido únicamente, en tanto se prevea tal solución en el contrato y siempre con respecto a los acreedores que aceptaran expresamente la misma. De este modo, según a quien les resulte oponible cada solución, puede haber acreedores con mayores garantías que otros dentro del mismo fideicomiso[47].

Por otro lado, el art. 2026 establece que el fiduciario responderá con su propio patrimonio por las faltas que cometa en el desempeño de su cometido.

c) Paraguay

El ordenamiento legal paraguayo admite el negocio fiduciario a través de la ley 921/1996 y dentro de esta denominación genérica incluye al fideicomiso (si se transmite la propiedad de los bienes) o al encargo fiduciario (caso contrario).Entendemos entonces que para la legislación paraguaya, el fideicomiso es un contrato.

En el capítulo VIII titulado "Normas complementarias" la ley hace referencia a la extinción del negocio fiduciario y si bien no menciona el supuesto de la insolvencia del patrimonio fideicomitido, establece que - ocurrida cualquiera de las causales de extinción o

[46] KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, *"*La ley francesa de fideicomiso*",* Revista Jurídica La Ley, 2007-F, 982, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, t. VI, 01/01/2009, p.3.
[47] KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, *"*La ley francesa…", *op. cit.* p. 3.

terminación del negocio fiduciario - el fiduciario únicamente podrá realizar los actos necesarios para su inmediata liquidación (art. 42).

Luego, en el art. 43 describe el procedimiento para la liquidación del negocio fiduciario:

"1. El fiduciario elaborará un inventario de los bienes fideicomitidos, que incluirá la relación pormenorizada de los activos y pasivos derivados de la ejecución del negocio fiduciario.

2. El fiduciario notificará al fideicomitente y al beneficiario, según el caso, del estado de liquidación en que se encuentra el negocio fiduciario, una vez extinguido o terminado.

3. El fiduciario procederá a cobrar los créditos derivados de la ejecución del negocio fiduciario, si los hay, y a realizar las diligencias necesarias para pagar los pasivos que afecten los bienes fideicomitidos.

Pagados los pasivos, el remante de los bienes fideicomitidos, si los hubiere, se restituirá a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley.

4. Mientras los pasivos no hayan sido cancelados en su totalidad, el fiduciario no podrá restituir parte alguna de los bienes fideicomitidos a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley[48]. Pero podrá restituirse aquella parte de los bienes fideicomitidos que exceda del doble del pasivo inventariado y no cancelado al momento de hacerse la restitución.

5. Verificado el procedimiento a que se refieren los numerales anteriores, el fiduciario inmediatamente citará al fideicomitente y al beneficiario, según el caso, para que aprueben las cuentas finales de liquidación. Si efectuada la citación no concurre el fideicomitente o el beneficiario o ambos, el fiduciario los citara por segunda vez para dentro de los diez días siguientes y si tampoco concurre cualquiera de estos, se tendrán por aprobadas las cuentas, las que no podrán ser posteriormente impugnadas;

[48] La norma en análisis crea un privilegio o prioridad en el cobro para los acreedores del fideicomiso que no son parte en el contrato. Es decir que en caso de insolvencia el fiduciante, beneficiario o fideicomisario - que según el contrato tuviera derechos sobre los bienes fideicomitidos - cobrará recién una vez cancelados los créditos de los acreedores "externos" del fideicomiso tales como los laborales, proveedores, prestadores de servicios, etc.

6. Aprobada la cuenta final de la liquidación, el fiduciario restituirá al fideicomitente o a sus herederos o al beneficiario, según el caso, lo que les corresponda. Para que la restitución surta efectos entre las partes y con relación a terceros, deberán cumplirse los mismos requisitos previstos en esta ley para la constitución del negocio fiduciario."

Por otro lado, la ley 154 de Quiebras, en su art. 2 establece que "el juicio de quiebra tiene por objeto realizar y liquidar en un procedimiento único los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, que hubiese sido declarada en quiebra. (…)"

Se advierte que la ley de quiebras paraguaya tampoco incluye al fideicomiso como sujeto concursable. El art. 4 solo hace referencia - como sujeto concursable - al patrimonio del deudor fallecido. Sin embargo, observamos que la ley especial (921/1996) prevé un sistema de liquidación específico para el caso de extinción del fideicomiso por cualquier causa, entre las que podemos considerar incluida la insuficiencia de los bienes fideicomitidos.

d) Ecuador

La ley de Mercado de Valores del año 1993 modificó el Código de Comercio de Ecuador e incorporó la figura del fideicomiso mercantil. A partir de 1998 pasó a estar regulada por la ley de Mercado de Valores y por la Codificación de Resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de Valores, en esta reforma se estableció que el fideicomiso mercantil tenía una naturaleza distinta del fideicomiso civil.

El fideicomiso es una especie del género llamado negocio fiduciario. El art. 109 inc. 1 de la ley de Mercado de Valores establece que "por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas

instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. (…)

Luego reitera que "(…) cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato. El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato".

A diferencia de las demás regulaciones analizadas, la de Ecuador es la única ley que establece que el patrimonio autónomo gozará de personalidad jurídica. Es esta la diferencia más relevante con las demás legislaciones en estudio en lo que se refiere a la forma de liquidación por insolvencia, ya que entendemos que esta concepción del fideicomiso como un sujeto de derecho, permitiría la declaración de quiebra del mismo.

En tal sentido, el art. 2 de la ley 154 de Quiebras de Ecuador sostiene que "el juicio de quiebra tiene por objeto realizar y liquidar en un procedimiento único los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, que hubiese sido declarada en quiebra. Comprende todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones, salvo aquellos que fueren expresamente exceptuados por la Ley".

Nótese que el principal argumento en la normativa argentina para rechazar la posibilidad de declarar la quiebra o la apertura del concurso preventivo del fideicomiso es justamente que el mismo no es sujeto de derecho, sino un patrimonio de afectación, que como tal está excluido del art. 2 de la LCQ.

Continuando con el análisis de la ley de Mercado de Valores de Ecuador , advertimos que el art. 118 establece que el patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario, que cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es, estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean

transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente.

Por lo tanto, el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato. Por ello y dado que el patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica, la responsabilidad por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limitará únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios del fiduciario. Asimismo, el art. 121 prevé la inembargabilidad de los bienes del fideicomiso mercantil por los acreedores del constituyente, y por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. Tampoco podrán atacar el patrimonio fiduciario los acreedores del fiduciario.

Por último, el art. 122 expresa que "los bienes transferidos al patrimonio autónomo respaldan todas las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente y podrán, en consecuencia, ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores del fideicomiso mercantil. Los acreedores del beneficiario podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil".

De este modo queda claro que el fideicomiso tiene personalidad jurídica y que en caso de insolvencia el patrimonio fideicomitido constituye la única garantía frente a los acreedores del fideicomiso, quedando el fiduciario, el constituyente y beneficiario a salvo de cualquier reclamo, salvo fraude.

e) Uruguay

La ley que regula al fideicomiso en la República Oriental del Uruguay es la 17.703 publicada el 04/11/2003, se trata de una noma posterior a la LF que toma a esta última como una de sus principales fuentes. De modo que el art.8 de la ley uruguaya reproduce prácticamente en forma textual el art 16 de la LF. Al igual que esta última, se refiere a la "insuficiencia de los bienes fideicomitidos" para atender a las obligaciones contraídas en

la ejecución del fideicomiso y expresamente prevé que en este supuesto no procederá la declaración de quiebra. Asimismo, expresa que ocurrida la situación de insuficiencia de los bienes y a falta de otros recursos provistos por el fideicomitente o el beneficiario (según la previsión contractual) el fiduciario deberá proceder a la liquidación de los bienes que integren el fideicomiso, mediante un procedimiento privado para entregar el producido según el orden de privilegios para la quiebra.

La solución prevista por la ley 17.703 para el caso de insuficiencia patrimonial del fideicomiso financiero es prácticamente idéntica a la que traen los arts. 23 y 24 de la LF en cuanto aquella también establece la necesidad de citar a los tenedores de títulos de deuda a una asamblea para que resuelvan sobre la administración y liquidación del patrimonio. La convocatoria a asamblea, en este caso se rige por la ley 16.060 que regula lo pertinente a la convocatoria de asambleas de sociedades anónimas (art. 31).

El art. 32 se refiere (como el art. 24 de LF) a las facultades de las asambleas con respeto al patrimonio fideicomitido.

3. Tratamiento de la insolvencia del patrimonio fideicomitido en la LF

La LF y luego el CCCN, con el objetivo de disminuir riesgos y alentar la utilización de la figura del fideicomiso, estructuran un sistema cuyas características comunes más relevantes son las siguientes: la incorporación de los bienes fideicomitidos a un patrimonio de afectación distinto del patrimonio del fiduciante y del fiduciario, la posibilidad de sustituir al fiduciario sin que se extinga el contrato de fideicomiso (mediante la designación de un fiduciario sustituto), y por ultimo: la exclusión del fideicomiso del régimen particular de la quiebra (art. 16 LF y actualmente art. 1687 CCCN).

La LF en su art. 16 determinaba que, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitido (en el fideicomiso ordinario), los bienes serían liquidados por el fiduciario y distribuidos entre los acreedores, siguiendo el orden de privilegios previsto para la quiebra. La única condición previa a la liquidación que mencionaba la norma era la provisión de recursos por el fiduciante o fiduciario, sólo si tal supuesto hubiera sido expresamente contemplado en el acto constitutivo.

Distinto es el caso del fideicomiso financiero para el cual la ley preveía distintas soluciones (arts. 23 y 24), sin aclarar de qué modo éstas se conjugaban con las disposiciones estipuladas para el fideicomiso ordinario las que también le resultaban aplicables según el art. 19 LF.

De esta forma, la LF establecía - para el fideicomiso ordinario - un sistema de liquidación absolutamente liberal, totalmente privado o extrajudicial, sin ningún tipo de control público.

Se trataba sin dudas de un sistema que planteaba grandes interrogantes y generaba numerosas inconsistencias jurídicas. Así, por ejemplo, la ley no describía el procedimiento a seguir en caso de insolvencia del patrimonio fideicomitido, no aclaraba si debían aplicarse algunas o todas las previsiones de la LCQ. No establecía las condiciones para la declaración de la insuficiencia del patrimonio fiduciario, ni la posibilidad de que los acreedores exijan tal declaración. Tampoco aclaraba si la "insuficiencia del patrimonio fideicomitido" podía ser asimilada a la cesación de pagos descripta en la LCQ, ni fijaba un método de aviso a los acreedores a fin de que éstos pudieran tomar conocimiento del inicio de la liquidación para hacer valer sus derechos.

Además, según la LF, la situación de insolvencia debía ser determinada por la misma persona que probablemente ocasionó tal insuficiencia del patrimonio (o lo que quedara de él). Incluso sería liquidado también por el mismo sujeto: el fiduciario.

Kiper y Lisoprawski criticaron el sistema de liquidación previsto en el art. 16 de la LF, al que calificaron como un *"*régimen ultra liberal de liquidación patrimonial por vía extra judicial[49]".

Es evidente que en un único artículo los legisladores pretendieron solucionar el problema de la insolvencia del fideicomiso, con un sistema privado, rápido, sin intervención de la justicia, alejado de los costosos procesos concursales y librado a la voluntad exclusiva del fiduciario.

[49] KIPER Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio V., "Liquidación judicial de un fideicomiso inmobiliario*",* La Ley, 2012-A, 340, p.2, cita *online:* AR/DOC/647/2012.

Este sistema - cuyo objetivo era facilitar la liquidación en caso de insolvencia para promover la utilización de la figura del fideicomiso - consistía simplemente en vender el activo y pagar con el producido a los acreedores, "respetando el orden de privilegios de la LCQ". Pareciera ser un procedimiento verdaderamente sencillo que no presenta obstáculos, sin embargo esto no funcionó así en la práctica.

Coincidimos con quienes creen que el sistema de la LF era evidentemente inconstitucional[50], puesto que el mismo implicaba la violación del derecho de defensa (art. 18 CN) de los acreedores del beneficiario y de los fideicomisarios. Como así también el principio de razonabilidad (art. 28 CN), ya que en caso de insolvencia los acreedores se encontraban a expensas de la voluntad del fiduciario, quien - a falta de regulación sobre la materia - podía aplicar el sistema liquidativo que le viniera en ganas, o lo que es aún peor podía incluso no reconocer la situación de insuficiencia del patrimonio fiduciario, no liquidar o liquidarlo cómo y cuando quiera.

Se evidenciaba también la violación del derecho de propiedad (art. 17 CN) de los acreedores, de los beneficiarios y de los fideicomisarios, los cuales en caso de resultados negativo, quedarían sin cobrar ni siquiera en moneda concursal, posibilidad que si permite la LCQ[51].

El art. 16 de la LF también podía ser considerado inconstitucional, atento a la inexistencia de un medio coercitivo en cabeza de los terceros interesados para liquidar el patrimonio, con ello se violaban los arts. 17 y 18 de la CN y los tratados con jerarquía constitucional (arts. 31 y 75 inc. 22 de la CN y el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica) al implementarse un sistema de liquidación colectiva - dada una situación de insolvencia - que prescindía de toda intervención judicial y que ponía en riesgo al sujeto privado, a la realización del activo, y la distribución de su producido a favor de terceros

[50] CRISTÓFARO, Giovana E. del C, "Hacia el concurso del fideicomiso", Revista de Estudios de Derecho Empresario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 277, ISSN2346-9404, en http://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8825/9668 (disponible el 28- VIII- 2015).
[51] *Ibidem*..

acreedores del patrimonio fideicomitido, generados con motivo de la ejecución del fideicomiso[52].

Se trataba de un paraíso patrimonial en donde reinaba la libre voluntad del fiduciario en perjuicio de los acreedores[53].

Frente a este escenario la doctrina se realizaba las siguientes preguntas, las cuales trataremos de contestar a lo largo de este trabajo:

- ¿En qué momento o dados cuáles requisitos el fiduciario debe determinar el comienzo del estado de insuficiencia de los bienes? ¿De qué modo debe notificar a los acreedores del fideicomiso?

- ¿Cómo debe hacer el fiduciario para vender y pagar si el fideicomiso tiene embargados sus bienes?

- ¿Cómo y hasta cuándo los acreedores pueden reclamar sus créditos? ¿Qué sucede con los que no se presentan? ¿Se realizan reservas?

- ¿Cómo determina el fiduciario cuáles son los acreedores a quienes debe pagar y cuáles no? ¿Hay un método o sistema de control a disposición de los acreedores para supervisar el cálculo del monto de cada crédito y sus privilegios?

- ¿Qué ocurre con los créditos cuyo vencimiento aún no operó?

- Si existe desacuerdo ante a existencia de un crédito, o el monto o la graduación de los mismos: ¿Quién resuelve la diferencia? Y mientras tanto ¿Cómo hace el fiduciario para frenar las ejecuciones privadas contra los bienes fideicomitidos?

- ¿Puede el fiduciario judicializar la liquidación del fideicomiso?

---

[52] JUNYENT BAS, Francisco y BORETO, Mauricio*, "*Acerca de la constitucionalidad de del mecanismo de liquidación del patrimonio fideicomitido – por insuficiencia de bienes- previsto en el art. 16 de la Ley 24.441"*,* ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán 2012, publicado en: *Por un mejor derecho concursal,* Astrea, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 205.

[53] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica*…, *op. cit.*, p. 315.

- ¿Qué sistema o norma es la más apta para regular la liquidación del patrimonio fideicomitido?

- ¿Puede el fiduciario solicitar el concurso preventivo del fideicomiso?

De todos estos interrogantes la reforma solo resolvió unos pocos a los que nos referiremos a continuación, dejando pendientes varias cuestiones conflictivas, que podrían- a nuestro criterio - haber sido por lo menos consideradas para su análisis al momento de la reforma.

a) El conflicto de la ley aplicable a la liquidación

Está claro que la LF carecía de normas específicas tendientes a esclarecer las reglas del procedimiento de liquidación forzosa de bienes fideicomitidos cuando éstos resultaban insuficientes.

El problema residía en que el legislador no quiso que esa liquidación, a cargo del fiduciario, se desarrollara en el ámbito judicial. Además omitió regular una salida organizada y consistente con el estado de crisis patrimonial, y no lo hizo ni siquiera en forma supletoria, ya que en el art. 16 prohibió las soluciones concursales[54] .

En este contexto, la doctrina pensó en diferentes soluciones, Molina Sandoval, por ejemplo, optó por un mix normativo entre el sistema liquidatorio societario y el proceso concursal. De este modo la liquidación del patrimonio fideicomitido debía atenerse primordialmente a la normativa societaria (arts. 101 y ss. de la LSC[55]), pero respetando de manera armónica algunos principios típicamente concursales (tales como la universalidad, la igualdad de los acreedores o las vías de insinuación de créditos).

Explicaba que el sistema liquidativo previsto en el art. 16 de la LF se asimilaba al de la ley LSC por cuanto ambos preveían una solución extrajudicial, a diferencia del sistema concursal donde el juez es el director del proceso[56].

---

[54] LISOPRAWSKI, Silvio, "Liquidación Judicial de fideicomisos", La Ley, 2013-E, 1127, p.1, cita *online:* AR/DOC/3722/2013.

[55] Actualmente ley General de Sociedades, la denominación del título fue sustituida por el punto 2.1 del anexo II de la Ley 26.994, B.O. 08/10/2014.

[56] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica…, op. cit.*, p. 310 a 311.

Sin embargo, ante el vacío normativo, fueron los jueces quienes tuvieron que determinar, en cada caso concreto la ley que estimaban aplicable, con la precaución de no violentar la prohibición legal del art. 16 LF.

En este sentido, antes de la reforma, la jurisprudencia también optó mayormente por la remisión al sistema liquidativo de la LSC, sin embargo en mayoría de los casos incorporaron procedimientos propios de la normativa concursal (verificación de créditos, fuero de atracción, publicidad, etc.)

Por ejemplo, en una liquidación instada por fiduciantes, el juez valoró para establecer el procedimiento liquidativo del fideicomiso la veda legal para recurrir al régimen concursal previsto en el artículo 16 de la LF, y estimó pertinente ajustar el trámite a las directivas previstas en los artículos 102 y concordantes de la LSC, haciendo la salvedad de la potencial necesidad de recurrir a rectificaciones que pudieran resultar necesarias en función de las alternativas que muestre la secuela del proceso. Agregó, durante el trámite del mismo, la fijación de un plazo para que los acreedores concurran al domicilio del liquidador para hacer valer sus derechos (aplicación analógica art. 32 y s.s., LF[57].

El caso jurisprudencial más emblemático es *"*Fideicomiso Calle Chile s/liquidación judicial[58]". En el marco de esta causa, el Juez consideró que las partes intervinientes habían acordado que el fideicomiso se extinguiría "… por imposibilidad sobreviniente para la ejecución del emprendimiento motivada en prohibiciones de tipo administrativo, jurídico, o cualquier otro motivo que haga realmente imposible la ejecución del emprendimiento por causa no imputable a ninguna de las partes...".Concordantemente, en el art. 14 del contrato dispusieron que "...extinguido el fideicomiso la fiduciaria procederá a la liquidación del patrimonio fiduciario, mediante la realización de los activos y la cancelación de los pasivos...".

[57] JNCom. N° 7, Secretaría N° 13 "SOFOL I s/ Liquidación judicial ", 29/09/2012.
[58] JNCom. N°17, "Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96", 14/02/2012.

Es decir que, si bien las partes celebrantes del fideicomiso acordaron que la liquidación estaría a cargo del fiduciario, no establecieron ni las formas ni el procedimiento en que la misma se llevaría a cabo.

Esta omisión, sumada a la ausencia de registros contables de Sofol S.A. (anterior fiduciaria del fideicomiso) puesta de manifiesto por el peticionante fueron considerados por el magistrado como "sustento suficiente a la pretensión esgrimida en el escrito de inicio"

Sostuvo el juez de la causa que:

- "Frente a la ausencia de normativa específica sobre el particular, se dispondrá la aplicación analógica de las normas de la ley de sociedades comerciales y de concursos y quiebras que mejor se adecuan a la naturaleza del instituto del fideicomiso. Es decir, se dispondrá su liquidación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 101 y siguientes de la ley 19.550, como seguidamente se detallará. Sin perjuicio de ello, estímese adecuado a los fines de garantizar la protección de los derechos de los acreedores y beneficiarios, disponer la fijación de un plazo a fin de que concurran al domicilio del liquidador para hacer valer su condición de tales (analógicamente arts. 32 y siguientes de la ley 24.522)"
- "Conforme la previsión contractual del artículo vigésimo cuarto del fideicomiso, la liquidación debe ser realizada por el fiduciario.

  Sin embargo, no puede dejar de ponerse de relieve que ha sido el propio fiduciario/liquidador, quien ha resaltado la necesidad de instar el servicio de justicia para proceder en forma adecuada a la liquidación del fideicomiso. Ello, fundado en las circunstancias antes referidas, esto es, la ausencia de previsión contractual sobre las modalidades de la liquidación, y los inconvenientes que afectaron el normal funcionamiento del fideicomiso, atribuidos fundamentalmente a las inconductas y situación falencial de la anterior fiduciaria Sofol S.A.

  Ello amerita, en aras de posibilitar un adecuado control jurisdiccional que garantice la debida protección de los intereses de los acreedores y beneficiarios, así como los de los demás sujetos involucrados en este proceso, la designación de un "co-liquidador" quien juntamente con el fiduciario deberán llevar a cabo la tarea de venta del activo y cancelación del pasivo fiduciarios".

Finalmente el juez resolvió:

- Decretar la liquidación judicial del Fideicomiso Calle Chile en los términos de los arts. 101 y siguientes de la LSC.

- Designar como liquidadores judiciales al fiduciario y Fernando Strusberg (art. 102 LSC) y a un co- liquidador.

- Decretar la inhibición general de bienes del fideicomiso ordenando librar oficio a los registros pertinentes.

- Fijar una fecha determinada hasta la cual los acreedores debían presentar los títulos justificativos de sus créditos en el domicilio de los liquidadores (art. 32 LCQ).

- Fijar una fecha determinada hasta la cual los liquidadores judiciales debían presentar un dictamen fundado acerca de la pertinencia de los créditos que hubieran solicitado reconocimiento.

- Librar mandamientos de constatación a los inmuebles objeto del fideicomiso, cuya confección y diligenciamiento se encomienda a los liquidadores. Para proveer a lo que corresponda en relación a la subasta de los mismos.

- Publicar edictos por cinco días en el Boletín Oficial y en Clarín.

Del fallo en análisis surge a simple vista que en el proceso liquidativo dispuesto por el juez priman las normas concursales por sobre el sistema liquidativo de la entonces LSC[59]. Es que, tal como sostenemos a lo largo de todo este trabajo, la única ley que prevé una solución para el caso de la insolvencia es la LCQ, sin embargo el límite impuesto por el art. 16 de la LF obligaba a los jueces a justificar la aplicación de algún sistema diferente para no caer en la prohibición legal de quebrar.

Este problema fue parcialmente solucionado con la reforma. Actualmente, el art. 1687 del CCCN establece que la liquidación del patrimonio fiduciario insuficiente estará a cargo del juez competente "quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebra en lo que sea pertinente". Es decir que en este caso, el envío a la legislación concursal es expreso y exclusivo "en lo que sea pertinente", no llega

[59] El CCCN modificó la denominación del título de la LSC, que desde entonces se llama Ley General de Sociedades (LGS).

a incluir al fideicomiso como sujeto concursable en los términos del art. 2 de la LCQ - solución que cuestionamos - pero sin duda aclara el panorama en cuanto a la norma análoga aplicable, excluyendo como alternativa a la ley LGS o a cualquier otro sistema liquidativo.

Creemos que se trata de una solución también criticable en cuanto la expresión "en lo pertinente" resulta ambigua y genera confusión, máxime cuando la ley mantiene intacta la prohibición de quebrar en el mismo artículo.

A lo largo de este trabajo trataremos de demostrar que el sistema liquidativo de la LCQ se aplica en su totalidad por ser pertinente a los fines liquidativos, salvo en lo referido a los efectos personales sobre el fallido.

Creemos que una vez decidida la judicialización de la liquidación, lo correcto hubiera sido incluir al fideicomiso en el art. 2 de la LCQ como un patrimonio susceptible de concursarse y consecuentemente de quebrar, haciendo mención a las pocas normas que no le resultaran aplicables atento a su naturaleza especial (patrimonio de afectación). Incluso, podría haberse optado por una solución similar a la de la legislación ecuatoriana e incluir al fideicomiso como persona jurídica, o bien prever una solución similar a la que establecía el art. 41 de la ley 11.719, que estipulaba una liquidación sin quiebra para el deudor que la mereciera con efecto solo sobre los bienes pero sin los efectos personales de la falencia declarada.

b) El proceso extrajudicial de liquidación

La LF se pronunciaba a favor de un sistema de liquidación extrajudicial, sin regular pautas para llevarla a cabo. Sin embargo, no existía una prohibición legal al respecto de la posibilidad de requerir judicialmente la liquidación.

Con el paso del tiempo y atento a la utilización masiva del fideicomiso, la posibilidad del fiduciario del requerir la liquidación judicial del fideicomiso fue reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia que finalmente consideró esta opción como una actitud que evidenciaba diligencia de parte del liquidador en procura de la mayor protección a los acreedores.

En este sentido Kiper y Lisoprawski sostuvieron que *"*en la liquidación forzada es harto probable que la insuficiencia del patrimonio fideicomitido obedezca al mal desempeño del fiduciario, entonces, carecería de sentido que el causante de la crisis continúe con el manejo en la etapa de la liquidación[60]". Asimismo expresaron "no vemos inconveniente en que el fiduciario, motu proprio, recurra a la vía judicial para la liquidación[61]".

Molina Sandoval criticó duramente el sistema extrajudicial en manos del fiduciario. Sostuvo que *"*la ley 24.441 no puede amparar un paraíso patrimonial en donde reine la libre voluntad del fiduciario en perjuicio de loa creedores[62]".

Por su parte, Games y Esparza sostuvieron que "la liquidación de un patrimonio puede ser judicial o extrajudicial, nada indica la ley sobre qué alternativa aplicarse en el caso. Esta relativa indeterminación además se ve agravada, pues difiere la elección al fiduciario y puede suceder que éste haya sido el causante de llegar a ese estado de liquidación, con lo cual se podría sumamente presuponer que tampoco ha de ser el mejor liquidador o elegir la mejor vía[63]".

En este sentido, en los autos "Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación[64]*",* el juez reconoció la posibilidad del fiduciario del acudir a la justicia a los efectos de la liquidación del fideicomiso.

En este fallo, la sala E de la Excma. Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal, ordenó al juez que proceda a liquidar un fideicomiso cuyo patrimonio resultaba insuficiente para responder frente a las obligaciones contraídas en su operatoria.

Se trataba de un fideicomiso de gestión de cobranza (ordinario, cerrado de garantía). Su activo estaba compuesto por una cartera de créditos de consumo que se encontraban en gestión de cobro judicial.

---

[60] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de…, op. cit.,* p. 434.
[61] *Idem,* p.435.
[62] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica…, op. cit.,* pp. 300 - 301.
[63] GAMES Luis M., ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y concursos*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 141.
[64] CNCom., Sala E, "Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación Judicial", 15/12/2010.

Como consecuencia de la crisis económica, se había interrumpido el flujo habitual de fondos que ingresaba al fideicomiso en concepto de cobranzas de la cartera de préstamos. Ello impedía la liquidación regular a los beneficiarios.

El juez de primera instancia, ante la falta de normativa expresa en el art. 16 de la LF, le requirió al fiduciario que funde en derecho la pretensión bajo apercibimiento de tenerlo por desistido. Finalmente decreta el desistimiento, puesto que considera que el fiduciario no cumplió con el requerimiento ordenado.

Apelada la resolución, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, por sentencia de fecha 15/12/2010, revoca la resolución de primera instancia y encomienda al juez proveer las diligencias ulteriores.

Los argumentos de la Cámara fueron los siguientes:

- Consideró de aplicación el principio *"iuria novit curia"*, en cuanto es tarea de los jueces la aplicación del derecho a las pretensiones de las partes, plasmadas en sus presentaciones.

- Sostuvo que el hecho de no fundarse en derecho una pretensión no autoriza al juez a tener por desistido el proceso.

- Reafirma la imposibilidad de que el patrimonio fiduciario sea declarado en quiebra.

- Afirma que si, bien la ley prevé un procedimiento extrajudicial de liquidación, no existe impedimento para que el juez recepte el pedido del fiduciario en cuanto este pretende que la liquidación se lleve a cabo judicialmente. Deja constancia de la ausencia de previsiones contractuales al respecto del trámite de la liquidación. Expresa el Tribunal que"...Si bien se ha considerado que en el procedimiento previsto en el art. 16 de la LF para la liquidación del patrimonio fideicomitido predominan la extrajudicialidad (v. Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski, "Tratado de Fideicomiso", Lexis Nexis, Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 2004) y la autonomía de la voluntad (v. Luis M. Games y Gustavo A. Esparza, Liquidación del patrimonio en fideicomiso, JA, 1998-III), lo cierto es que el contrato de

fideicomiso base del negocio objeto de autos no contuvo previsiones sobre la forma que se debe llevar a cabo la liquidación".

- Resalta la importancia de la protección de los acreedores y entiende que tal protección es más eficiente en el marco de una liquidación judicial. En tal sentido afirma : ″Por el contrario, ello evita dejar en sus exclusivas manos la oportunidad y forma de liquidación, con lo que se otorga una tutela adicional a los acreedores, cuyos intereses se verán resguardados por tal medida, dados los conflictos que previsiblemente se derivarán de la insolvencia de los bienes fideicomitidos. Así, pues, frente a la decisión del propio fiduciario, juzgase procedente la vía judicial elegida para la liquidación del fideicomiso.″.

Al respecto de este antecedente, Kiper y Lisoprawski sostuvieron que ‘‘la tutela de los acreedores es el punto sustancial del fallo y que se procura resguardar con la intervención de la justicia”. Explican que quienes protagonizaron el contrato como partes, en alguna medida deberán soportar las consecuencias negativas del pacto de fiducia, pero que los terceros acreedores son los que menos resguardo tienen frente a la “solución” que el legislador quiso que la ley tuviera en situaciones de crisis por insolvencia y dicen que es justamente por ello que los jueces deben hacerse cargo de las lagunas existentes, con toda la dificultad que supone el armado de una estructura procesal diseñada *ad hoc* para poder llevar adelante una liquidación ordenada y justa[65].

Si bien el fallo fue innovador y colaboró en el armado del procedimiento liquidativo, cuyas características estaban ausentes en la ley, la Cámara no dejó en claro en su momento (pudiendo haberlo hecho) si la liquidación judicial podía ser también admitida en los casos en que hubiera previsión contractual sobre el procedimiento liquidatorio.

Tampoco se pronunció sobre sobre el procedimiento aplicable al caso, ni sobre la persona que debe ser designada liquidador, dejando estas precisiones a cargo del juez de primera instancia.

[65] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio, “Liquidación judicial del fideicomiso en crisis. Un precedente emblemático”, La Ley, 2011-C, 212, p.3, cita *online:* AR/DOC/1398/2011.

El magistrado de grado, una vez regresados los autos, ordenó designar como liquidador al propio fiduciario y la aplicación del procedimiento de liquidación de los artículos 101 y siguientes de la ley LSC.

Para justificar la aplicación de éste sistema en lugar del procedimiento concursal invocó el fallo "South Link Logistics s/ Pedido de Quiebra por Embal Systems S.R.L"[66], mediante el cual la Cámara Nacional de apelaciones rechazó la posibilidad de declarar la quiebra de un fideicomiso ante el pedido de los acreedores a tal efecto.

La solución arbitrada en los autos "Fideicomiso Fidag s/ liquidación[67]", fue receptada por el Proyecto de Reforma de 2012 e incorporada al actual art. 1687 CCCN el cual establece que la liquidación tramitará judicialmente y que la misma estará a cargo del juez.

c) El fiduciario como liquidador

Como ya vimos, en el sistema de la ley LF, la liquidación del patrimonio fideicomitido se encontraba en manos del fiduciario, lo que implicaba un potencial conflicto de intereses, resultaba poco aconsejable que el fiduciario actué como juez y parte, pudiendo resolver la liquidación del fideicomiso y estando a cargo de la misma. De hecho posiblemente él mismo fuera acreedor del fideicomiso e incluso responsable de la insolvencia del mismo.

En este contexto, la remoción del fiduciario estaba prevista solo para el caso de quiebra o liquidación del fiduciario y no del patrimonio fideicomitido, entonces aun cuando el fiduciario hubiera actuado como un "mal hombre de negocios" podía decidir permanecer y no renunciar (salvo previsión contractual). La única opción de los acreedores para el caso descripto era requerir judicialmente la remoción por incumplimiento, claro que para entonces, probablemente se habrían liquidado todos los bienes, salvo que los acreedores obtuvieran a su favor alguna medida cautelar.

[66] CNCom. , Sala A "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra por Desarrollo Pilar S.A. (expte. 090895)", 24/11/2009, fallo firme; "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra promovido por Embal System S.R.L.", (exp.089866).
[67] CNCom., Sala E, "Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación Judicial" ,15/12/2010.

La designación del fiduciario como liquidador ha sido una crítica reiterada por la doctrina, y recogida el CCCN que, a nuestro criterio, optó por una solución más eficiente, equilibrada y adecuada al rol del fiduciario en el contrato de fideicomiso: la liquidación judicial a cargo del juez.

La redacción actual de la norma obliga al juez a designar a un profesional a fin de que se encargue de llevar a cabo la liquidación, creemos que deberá ser un profesional en ciencias económicas cuyas funciones y responsabilidades serán idénticas a las que la LCQ prevé para el síndico. Sin perjuicio de ello, el magistrado podrá requerir la ayuda del fiduciario en el proceso, si lo estima necesario, en virtud de lo dispuesto por el art.102 LCQ que resulta pertinente a los fines de la liquidación del patrimonio fiduciario.

d) Defensas de los acreedores contra del patrimonio fideicomitido

La LF instituyó un sistema de responsabilidad basado en la separación de patrimonios, cuyas características esenciales son las siguientes:

- Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria, un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.

- La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del CC y se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

- Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos.

- Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude.

- Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.

Ahora bien, el art. 15 de la LF disponía que los acreedores del fiduciante no pudieran agredir el patrimonio fideicomitido, salvo fraude. Esta última referencia nos remitía a la acción pauliana que preveía el art. 961 del derogado CC.

La norma no hacía referencia a las ineficacias concursales (art. 118 y 119) de la LCQ, éstas últimas no requieren de la existencia de fraude para su procedencia, sino tan solo de la acreditación del perjuicio a los acreedores, la declaración de la quiebra y la celebración del acto durante el periodo de sospecha.

En el sistema previsto por la LCQ, la ineficacia de ciertos actos jurídicos de disposición puede concretarse a través de las acciones de derecho común (acción revocatoria ordinaria arts. 961 y s.s. CC); de la sanción de ineficacia que recae sobre determinados actos previstos taxativamente por el régimen concursal (art. 118 LCQ) por medio de la revocatoria concursal en sentido propio (art. 119 LCQ) e incluso a través de la declaración de ineficacia de todos aquellos actos que sean celebrados por el fallido con posterioridad a su declaración en quiebra (art. 109 LCQ)[68].

Estas acciones, que pueden ser de gran importancia a la hora de recomponer el patrimonio fideicomitido, fueron admitidas en el marco de la liquidación del patrimonio fiduciario a partir de la reforma del Código como una opción en cabeza de los acreedores a fin de la recomposición del patrimonio fiduciario.

Así las cosas, en el régimen vigente, los acreedores del fiduciante fallido se encuentran impedidos, atento a la separación temporal de patrimonios, de reclamar por sus créditos en contra del fideicomiso. Sin embargo, si el objetivo de la transferencia patrimonial hubiera sido sustraer bienes del patrimonio del fiduciante en perjuicio de sus acreedores, entonces éstos últimos se encontrarían en condiciones de solicitar la declaración de la inoponibilidad de aquella si el acto hubiera ocurrido durante el llamado "periodo de sospecha".

Ampliaremos este tema al desarrollar el sistema de liquidación vigente incorporado al CCCN.

---

[68] DI TULLIO, José A., MACAGNO, Ariel A. G., "Algunas cuestiones sobre ineficacia concursal (con especial referencia a los arts. 120 y 109 LCQ)", Revista Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, Volumen: 2002-III), Suplemento del 7-8-2002., pp. 1447 - 1463.

CAPITULO TERCERO: LA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO EN EL CCCN

1. El sistema de liquidación después de la reforma. Problemática del sistema actual

Hemos analizado el sistema liquidativo previsto en la LF y sus características esenciales, enumeramos los conflictos y cuestionamientos que la doctrina y la jurisprudencia han realizado con respecto al citado artículo 16 de aquella norma y finalmente nos hemos referido a los aspectos que fueron objeto de reforma.

Corresponde ahora entrar al análisis estricto del tema objeto del presente trabajo y, por lo tanto, avocarnos al estudio de la nueva regulación referida al fideicomiso la cual - a partir de la reforma - fue incorporada al CCCN.

Como ya dijéramos anteriormente, la reforma no modificó sustancialmente la ley anterior. De hecho en los fundamentos de la reforma, la comisión encargada expone que *"*el régimen vigente no merece cambio profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación y demostró eficiencia en su aplicación".

Reiteramos que creemos que, con respecto al supuesto de liquidación por insuficiencia de los bienes fideicomitidos, la comisión reformadora pasó por alto cuestiones relevantes y que la redacción actual del art. 1687 CCCN genera todavía grandes interrogantes que podrían haber sido solucionados mediante la eliminación de la prohibición de quebrar que se mantiene aún en el régimen actual.

En este orden de ideas, en lo que se refiere a la liquidación de los bienes fideicomitidos, la reforma consiguió el paso de régimen de "extrajudicialidad extrema" voluntarista e inorgánico a otro que recepta la judicialización de la crisis por insuficiencia[69], estableció como ley aplicable - en lo que sea pertinente - la LCQ y admitió la posibilidad de interponer las acciones concursales de ineficacia previstas en los arts. 118 y 119 de la LCQ, ampliando las opciones de los acreedores para recomponer el patrimonio ante un supuesto de fraude.

[69] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto del Código*",* La Ley 2014- E, 987, p. 2, cita *online:* AR/DOC/1199/2014.

El resto de las disposiciones de la LF en lo que respecta al tema en análisis se mantuvo con mejoras en la redacción y sistematización de los artículos.

Parte de la doctrina sostuvo que "la reforma al sistema de liquidación del patrimonio fideicomitido es una solución intermedia entre el actual régimen de extrajudicialidad extrema y la incorporación lisa y llana del fideicomiso como sujeto pasible de concurso o quiebra. Es una solución compatible con las características de multifuncionalidad de la figura como continente de una variedad casi incontable de negocios. La salida prevista por el CCCN le da al juez un marco normativo integral como es el de la LCQ que puede adaptar funcionalmente a las circunstancias del caso concreto, sin tener que sujetarse enteramente a la rigidez del sistema falencial[70]".

Nosotros, por otro lado, creemos que esta "solución intermedia" viene a generar todavía más dudas que el sistema anterior donde la aplicación del sistema concursal estaba indudablemente vedada (salvo en lo que respecta al orden de los privilegios que debían respetarse). En el nuevo régimen se mantiene la prohibición de quebrar pero "se aplican los procedimientos de la LCQ en todo lo que sea pertinente". Se trata de una quiebra sin quiebra o que no quiere ser denominada "quiebra".

Entendemos que interés principal que buscó tutelar la reforma fue el de los acreedores desprotegidos frente a las enormes facultades del fiduciario para llevar adelante la liquidación en el régimen anterior. Sin embargo creemos que también pudo conseguir el mismo objetivo si hubiera optado por mantener el régimen extrajudicial pero reglamentando el mismo para proteger a los acreedores y dar transparencia al sistema, por ejemplo pudo prever la obligatoriedad de las publicaciones edictales, y sanciones personales para el fiduciario que incumpliera con las medidas que garanticen la igualdad de trato de todos los acreedores.

Pero la decisión fue premeditadamente diferente: el legislador optó por el paso de una liquidación extrajudicial y privada a un sistema público y judicial.

Frente a este nuevo panorama, es decir decidida la judicialización de la liquidación del patrimonio fiduciario, sostenemos que la incorporación del fideicomiso como sujeto

[70] KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio V., "El fideicomiso en el proyecto…" *op. cit.* p. 12.

concursable en el art. 2 LCQ hubiera sido la solución más adecuada, ya que la referencia a la ley pertinente, en realidad alude a todo el proceso liquidativo previsto en la LCQ, el cual funciona como un sistema que no puede aplicarse parcialmente, porque posee una estructura lógica compuesta por distintas etapas cada una de las cuales se encuentran íntimamente vinculadas entre sí.

Por otro lado, creemos que la opción propuesta excluiría la aplicación al fiduciario de aquellas normas que prevén efectos personales sobre el concursado o el fallido, tal como ocurre en el supuesto del patrimonio del causante, que si se encuentra incluido dentro de la enunciación taxativa de los sujetos concursables de la LCQ. Todo lo demás, incluida la facultad en cabeza del fiduciario de requerir el concurso preventivo, es pertinente a los fines de la liquidación del fideicomiso. Ocurre que la LCQ constituye el único sistema normativo previsto para afrontar una situación de escasez.

Las previsiones de la ley LSC sobre liquidación de sociedades que los jueces aplicaron a la liquidación del fideicomiso, antes de la reforma para no caer en la prohibición legal del art 16 LF, no parten de la base de la insuficiencia de los bienes para afrontar las obligaciones contraídas por la sociedad, ya que las sociedades insolventes quiebran o piden su concurso preventivo. Tampoco fueron pensadas para solucionar una situación de insolvencia las normas sobre división de condominio, disolución de la sociedad conyugal, partición de herencias, etc.

Sin embargo, durante la vigencia de la LF, los jueces - para evitar caer en la prohibición legal- tuvieron aplicar estos sistemas normativos alternativos y acudir a su creatividad ante la expresa prohibición legal del art. 16 de la citada norma, que solo establecía como aplicable, a la liquidación del patrimonio fiduciario, el orden de los privilegios de los créditos previsto por la LCQ[71].

[71] El primer fallo referido a esta cuestión fue "Fideicomiso South Link Logistics s/ pedido de quiebra por Embal Sistem S.R.L" y fue emitido por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones data del 3/04/2009. En esta oportunidad la desestimación in limite efectuada por el juez de grado fue confirmada por la Cámara, que sostuvo "que no puede soslayarse que la ley especifica que regula esta materia establece con claridad que el patrimonio fideicomitido no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia…". Más tarde, la Sala E de la misa Cámara en los autos "Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación Judicial" si bien ratificó la prohibición de quebrar prevista en el art 16 de la ley 24.441, aceptó

Creemos que el hecho de que con la reforma se dispusiera la aplicabilidad de la LCQ manteniendo la prohibición de quebrar constituye una verdadera contradicción, máxime cuando del análisis de la norma concursal se advierte que la misma resulta aplicable prácticamente en su totalidad al supuesto de liquidación del patrimonio fiduciario en crisis. Opinamos que el legislador se quedó a mitad de camino y omitió la incorporación del fideicomiso al cuerpo de la LCQ con las salvedades del caso que son sin dudas excepcionales.

Si analizamos a los autores que se refieren sobre el tema (incluso antes de la reforma), advertiremos que la mayoría de ellos (aunque se pronuncian a favor de la prohibición de quebrar) describen un proceso liquidativo modelo donde incorporan prácticamente a todo el sistema liquidativo y procesal de la LCQ: el presupuesto objetivo de la cesación de pagos, la etapa informativa (publicidad, verificación, informe individual, informe general, sentencia sobre verificación de créditos, etc.), y la de liquidación y distribución de los bienes, el régimen de honorarios, recursos, etc. También consideran aplicable al supuesto en estudio los principios rectores de la LCQ: universalidad, la igualdad de trato de todos los acreedores, etc.[72]

Sostienen Kiper y Lisoprawski que "la posición adoptada por los redactores del Proyecto de Reforma marca un límite: no debería aplicarse linealmente la normativa de la LCQ, porque la figura no fue incorporada lisa y llanamente a ese régimen aun cuando se autorice la aplicación de sus disposiciones "...en lo que sea pertinente". De lo contrario, si se aplicara la normativa falencial en forma indiscriminada o lineal, sin diferencia con un proceso de quiebra típico, estaríamos violando la norma y la voluntad del legislador que no quiso incluir el patrimonio fiduciario dentro de los supuestos de la LCQ. Esto es así, aunque suene elemental[73]".

---

la posibilidad de que el fiduciario requiriera la liquidación judicial del mismo. Esta postura fue ratificada también en "Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96.

[72] Cfr. KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op. cit.,* p.4, y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica…, op. cit.*, pp. 312 - 324.

[73] Kiper, Claudio M., Lisoprawski, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…, *op. cit.*, p.3.

Concluyen que será la jurisprudencia la que irá delineando la aplicación efectiva del precepto[74]. Sin embrago, si bien estos autores se muestran respetuosos de la prohibición legal, a continuación describen las normas que entienden de aplicación pertinente, refiriéndose prácticamente a todo el sistema liquidativo de la LCQ.

También creemos que - ante la ausencia de un régimen legal completo y certero - va a ser la jurisprudencia la que va a demostrar en la práctica, que el mejor proceso para liquidar el fideicomiso es a tal punto asimilable al sistema liquidativo de la quiebra, que no existe justificativo para excluir a este patrimonio especial del régimen de la LCQ. Y que probablemente esta solución sea, en algún momento, receptada legalmente.

De este modo advertimos que el legislador ha transferido al sistema judicial la obligación de delimitar - en forma clara y precisa, evitando abusos y desigualdades - el sistema liquidativo que efectivamente se aplicará según cada caso concreto.

Graziabile, por ejemplo, incluso antes de la reforma consideraba que el sistema más apropiado para llevar adelante la liquidación del fideicomiso era el de la LCQ. En este sentido trató de justificar su aplicación sin caer en la prohibición legal al sostener que "(…) si bien la ley 24.441 excluye la posibilidad de quiebra, debe entenderse que se refiere a la falencia como instituyo del derecho sustancial con sus múltiples efectos producidos al crear el estatus falimentario, pero no con respecto al instituto procesal de la quiebra entendido como ejecución colectiva que puede perfectamente aplicarse para la insolvencia del fideicomiso (…)[75]".

Quizás antes de la reforma, esta opinión sonaba al límite de la prohibición legal, sin embargo, judicializado el proceso de liquidación y siendo que la LCQ se aplica por disposición expresa del CCCN, mantener tal prohibición luce incoherente y carente de todo sentido práctico.

Además del mantenimiento de la prohibición de quebrar, consideramos que la reforma dejó en el tintero otras cuestiones importantes. Por ejemplo, el nuevo régimen

[74] *Ibidem*.

[75] GRAZIABILE, Darío J., "Insolvencia y Fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Derecho comercial. Concursos y quiebras. Doctrinas esenciales Tomo III, 01/01/2005, 263, 2005-A, 1363, p.3, cita *online:* AR/DOC/123/2005.

continúa sin prohibir ni permitir expresamente la vía del concurso, a pesar de que una parte de la doctrina lo considera una posibilidad de salvataje al alcance del fiduciario.

Por otro lado, la reforma continua refiriéndose a la "insuficiencia de los bienes fideicomitidos" concepto ambiguo e incompleto, en lugar de establecer a la cesación de pagos como presupuesto objetivo de la liquidación.

Durante la vigencia de la LF, ante la ausencia absoluta de regulación en la materia, fueron los jueces los responsables de la creación de los más variados sistemas de liquidación adecuados a las especiales circunstancias de cada conflicto.

Si bien en la mayoría de los antecedentes jurisprudenciales, el sistema liquidativo de la actual LGS es mencionado en primer término como de aplicación análoga. La realidad es que al momento de la descripción de los pasos a seguir para liquidar el patrimonio fideicomitido, son los principios y figuras del derecho concursal las que priman.

Este es el caso, por ejemplo del fallo "Fideicomiso Calle Chile s/liquidación judicial[76]".

En el marco de esta causa, el Juzgado Nacional de I Instancia en lo Comercial N° 17 dispuso un sistema de liquidación de bienes donde primaban por excelencia las disposiciones de la LCQ, adecuando éstas a las especiales características del fideicomiso. En esta lógica, si bien el juez ordenó la inhibición general del patrimonio, no aplicó las disposiciones sobre la inhabilitación del fallido, la prohibición para salir del país, la confiscatoriedad de a correspondencia, etc., toda vez que no siendo el fideicomiso una persona jurídica (y mucho menos una persona física) mal podría hacerse aplicación de "los efectos personales de la quiebra" a un patrimonio.

Coincidimos con esta última disposición del justiciable, ya que creemos que en la liquidación del fideicomiso no son aplicables los efectos de carácter personal a la persona del fiduciario, ya que los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio de afectación diferente del suyo personal el cual es intocable por los acreedores del fideicomiso (art. 1687 CCCN).

[76] CNCom., Sala E, "Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación Judicial" ,15/12/2010.

2. ¿Por qué el legislador mantuvo la prohibición de quebrar?

Esta pregunta, que hace a la esencia de la reforma en estudio, nos lleva necesariamente a formularnos otras tantas: ¿A quién beneficia el mantenimiento de la prohibición referida? ¿Cuáles son los intereses en juego? ¿Cómo encontrar el punto de equilibrio entre los mismos? ¿Qué otra alternativa pudo prever el legislador? ¿Es esta la mejor alternativa posible?

Para responder estos interrogantes es preciso volver al origen y buscar cuál fue el sentido del legislador a la hora de sancionar la LF, quizás el título de la norma ayude a comprender que la misma pretendía fomentar la inversión (particularmente inmobiliaria) a través de un vehículo práctico, seguro, económico, de fácil instrumentación y eficiente. Indudablemente la ley cumplió su cometido, ya que efectivamente el fideicomiso sirvió como estructura de todo tipo de emprendimientos económicos, y con ello colaboró al ingreso de capitales extranjeros, y al desarrollo interno de las más variadas actividades.

Pero a la par de los triunfos de la LF, a lo largo del tiempo se pusieron en evidencia sus falencias. En el afán de conseguir un instrumento sumamente atractivo para los inversores, que ganara en practicidad y flexibilidad a las sociedades civiles y a las comerciales, se postergaron los intereses de quienes necesariamente se vinculaban con el patrimonio de afectación: los trabajadores, los proveedores, los acreedores, etc.

Si en el marco de la derogada LF, analizamos concretamente el sistema liquidativo del fideicomiso en caso de insolvencia de éste último, advertimos inmediatamente que los intereses en juego son justamente los de quienes buscan un beneficio a través de las facilidades que proporciona el fideicomiso (inversores, empresarios, etc.) frente a la protección de los acreedores que pretendan hacer valer sus créditos en la liquidación, en condiciones igualitarias.

En esta lógica - si bien los fundamentos de la reforma nada dicen al respecto - a partir de las críticas formuladas por la doctrina y la jurisprudencia al sistema de la LF, deducimos que la intención del legislador que decidió la judicialización de la liquidación del fideicomiso fue claramente lograr la protección de los acreedores y la transparencia del proceso de liquidación y distribución de bienes.

Continuando con las respuestas a los interrogantes formulados, creemos que este mismo objetivo podría haberse logrado mediante la creación legal de un procedimiento que se mantuviera fuera del sistema judicial pero con claros límites y requisitos impuestos al fiduciario o un tercero encargado de llevar adelante la liquidación. En términos jurídicos, ésta hubiera sido una solución mucho más coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto y probablemente con esta alternativa se hubiera logrado un punto de equilibrio entre los derechos en tensión que justificaron la reforma de la norma.

Lo cierto es que el legislador optó por una solución diferente: la judicialización de la liquidación y mantuvo la prohibición de quebrar. Hasta aquí, pareciera que el art. 1687 del CCCN podría complacer tanto a quienes pretenden valerse de las ventajas jurídicas y económicas del fideicomiso para instrumentar negocios como a sus acreedores. Pero esta hipótesis cae cuando - analizada la norma en forma completa - se advierte que la misma es confusa, incongruente y que como tal es susceptible de todo tipo de planteos, ya que a la par de la prohibición de quebrar establece que la liquidación se llevará a cabo por el juez quien deberá aplicar el procedimiento establecido en la LCQ "en todo lo que sea pertinente".

Como dijimos anteriormente se trata de una quiebra sin quiebra, un sistema de que pretende mantener al fideicomiso al margen de la quiebra pero liquidarlo tal como se liquida el patrimonio de un sujeto de derecho mediante el procedimiento previsto en la LCQ.

Coincidimos con parte de la doctrina que sostiene que pareciera que por denominarse "liquidación" en lugar de "quiebra" se evitaría el estigma social de "quiebra" para los sujetos involucrados en el contrato, siendo que en realidad, lo único que se logra con esta parte del artículo que no fue modificada con la reforma, es mencionar el procedimiento a seguir en caso de insolvencia en forma más elegante, para poder quizás de ese modo convencer al público de que los fideicomisos insolventes no quiebran, solo se liquidan, pero con las mismas normas que una quiebra[77].

[77] CRISTÓFARO, Giovana E. del C., ponencia: " Insolvencia del fideicomiso en el nuevo Código Civil y Comercial", VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia 7,8 y 9 de septiembre, Villa Giardino, Córdoba, Argentina, en "*Crisis y derecho",*Fespresa, Córdoba, 2015, t. II, p.410.

Creemos que fue este el motivo por el cual el legislador se quedó a mitad de camino y no decidió incorporar al fideicomiso al art. 2 de la LCQ o bien considerarlo finalmente un sujeto de derecho para permitirle el acceso al régimen concursal. Optó así por un sistema intermedio, hibrido, que genera múltiples interrogantes.

Contrariamente, hay quienes entienden que la imposibilidad de quebrar (y consecuentemente la de concursarse) es positiva en tanto tiende a limitar la responsabilidad de los que participan en un fideicomiso, cuando el mismo sea un fideicomiso típico[78].

A lo largo del presente intentaremos demostrar que, decidida la judicialización de la liquidación del fideicomiso la opción más coherente hubiera sido eliminar la prohibición de quebrar, ya que con ello no se estigmatiza al fideicomiso, por el contrario, se le permite sin lugar a dudas la posibilidad de acceder a una solución preventiva en caso de crisis.

3. ¿Por qué el legislador se resiste a considerar al fideicomiso como sujeto de derecho?

Este tema se encuentra íntimamente vinculado por la prohibición de quebrar que mantiene el CCCN para el supuesto de la liquidación del fideicomiso, ya que la reforma - lejos de admitir a éste como sujeto de derecho para permitirle la inclusión en el art. 2 de la LCQ - lo define expresamente como un contrato en el art. 1666.

Sobre el tema se ha dicho que el fideicomiso, tal como está configurado en nuestro sistema, produce una inevitable bifrontalidad funcional[79]. Que por lo tanto no es posible la quiebra del patrimonio fideicomitido y - menos - del fideicomiso; porque este último es sencillamente un contrato[80] y que, desde ese punto de vista, tanto los acreedores como las partes solo tendrían acceso a las acciones individuales pero no a las colectivas[81].

---

[78] FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial*",* Errepar, Doctrina societaria y concursal, N° 305, Abril 2013, t. XXV, pp. 3-4.

[79] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op. cit.* p.1.

[80] LISOPRAWSKI, Silvio V., "El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario"*,* La Ley 2010-D, 1189, p.1, cita *online:* AR/DOC/4781/2010.

[81] CNCom. , Sala A "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra por Desarrollo Pilar S.A. (expte. 090895)", 24/11/2009, fallo firme; "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra promovido por Embal System S.R.L.", (exp.089866).

Nosotros creemos que - si bien es cierto que al definirse el fideicomiso como un contrato - el art. 1666 del CCCN terminó con toda discusión al respecto de la naturaleza jurídica del mismo, es innegable que a través de esta figura se organizan verdaderas empresas, aunque estas no sean sujetos en sentido estricto.

Entendemos que la reforma ha pasado por alto que en nuestro país se viene produciendo una revisión sobre el ámbito de aplicación subjetiva de las normas concursales (sujetos incluidos) y que tan relevante es la valoración que se tiene de la empresa (organización de medios y un patrimonio afectado a un fin específico), que existen doctrinarios que alientan de algún modo a dotarla de personalidad o sea, intentan instalar la idea de que la "empresa en sí misma" debiera llegar a ser considerada como sujeto de derecho[82].

Al respecto dice Alegría "que la empresa no es solo una propiedad o una fuente de renta, es asimismo un centro de optimización de los recursos, una fuente de riqueza social y un eslabón imprescindible en la cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos de individuos que la componen" todo lo cual muestra en definitiva, que en "la empresa" se encuentra comprometido el interés general y de allí el dictado de normas de orden público económico vinculadas a su tutela, hecho este que no es nuevo y que se materializa en el derecho concursal a través de algunas regulaciones[83]".

Siguiendo esta interpretación actual del valor de la empresa en la sociedad, es que consideramos que el fideicomiso - en cuanto sirve para instrumentar pequeños y grandes emprendimientos que constituyen indudablemente empresas con capital y organización propios - debió haberse incluido en el art. 2 LCQ como sujeto concursable o bien tendría que ser equiparado por la legislación a un sujeto de derecho, ya que la realidad ha demostrado que en la práctica opera como tal.

---

[82] SALERNO, Marcelo U., "La empresa como sujeto de derecho", Derechos Patrimoniales, (Estudio homenaje Dr. E. Richard), Ad-Hoc, Bs. As., 2001, t. I, p. 49; MUIÑO, Orlando, "El insoslayable tema de la empresa", Derechos Patrimoniales, (Estudio en homenaje Dr. E. Richard), Ad-Hoc, Bs. As., 2001, t.I, p. 37; cit. por RASPALL, Miguel A., "Derecho de la empresa en crisis. Concursos reorganizativos. Plan de empresa. Una mirada eb el derecho ibeoroamericano", La Ley, 2009-A, 719, p.2, cita *online:* AR/DOC/3002/2008.

[83] Alegría, Héctor, "La empresa como valor y el sistema jurídico", La Ley, 2006-D, 1172, cita *online:* AR/DOC/2468/2006.

En este sentido - incluso antes de la reforma - parte de la doctrina se mostró a favor de la incorporación del fideicomiso como sujeto concursable. Al respecto expresa Graziabile que *"*(…) como se trata de una figura contractual que crea un patrimonio de afectación no puede ser sujeto pasivo concursal, sin perjuicio de que se apliquen dichas normas supletoriamente. Son concursables los sujetos de derecho y todo sujeto concursable preventivamente es susceptible de ser declarado en quiebra. Los únicos patrimonios concursables son el del fallecido y los bienes en el país del deudor domiciliado en el extranjero, aunque según la tendencia actual de la amplitud del presupuesto subjetivo sería conveniente de *lege ferenda* incorporar el concursamiento de los patrimonios de afectación"[84]. Asimismo, Márquez[85] ha criticado duramente al art 16 de la LF al que calificó como una "verdadera caja de pandora", cuyo contenido resulta difícil de revelar tildándose de incomprensible la diferencia de tratamiento entre la crisis patrimonial de las personas físicas o jurídicas y la que lleva a la insuficiencia del patrimonio fiduciario.

Otros doctrinarios que defienden a ultranza el fideicomiso, niegan la posibilidad de incorporar al mismo como sujeto concursal por el estigma social que pesa sobre el concursado o el fallido. En este sentido, sostenía Carregal antes de la reforma que la solución prevista por el art 16 LCQ era la correcta por cuanto la quiebra del fiduciario - con efectos lógicamente limitados al patrimonio separado - le significarían al fiduciario consecuencias económicas y pérdida de prestigio que harían inviable en la práctica aceptar esta función, dado que el éxito del negocio no depende solo de la gestión de un fiduciario diligente, sino también de factores que quedan fuera de su alcance y control. Afirmaba que el fiduciario estaría arriesgando su buen nombre y, en última instancia, su crédito en aras de un negocio que no es el propio y que no habrá de beneficiarlo[86].

Contrariamente, creemos que la liquidación del patrimonio fideicomitido por la vía del proceso concursal no debería, afectar el buen nombre del fiduciario, ya que éste solo responderá personalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones dispuestas en el

[84] GRAZIABALE, Darío J., "Insolvencia y…", *op. cit.* p.2.
[85] MÁRQUEZ, José F., *Fideicomiso*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 87, cit. por JUNYENT BAS, Francisco A., "La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitido a la luz del art. 16 de la ley 41.441. El trámite liquidatorio: ¿Un proceso "extrajudicial" o "paraconcursal"?", La Ley, 2014 – C, 701, p.4, cita *online:* AR/DOC/2571/2014.
[86] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación…, *op. cit.*, p. 276.

contrato, según lo dispuesto en el art. 1674 CCCN y no por el hecho de la liquidación, ya que como sostenemos a lo largo del presente, los efectos personales de la quiebra no pueden serle aplicados, en razón el rol especial que cumple en el marco del contrato de fideicomiso.

En esta lógica entendemos que en el marco del CCCN - que establece expresamente que el patrimonio del fiduciario queda a salvo de la acción de los acreedores del fideicomiso configurado el supuesto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos - no debería permitirse, por ejemplo, que una entidad crediticia proceda a afectar la firma del fiduciario, ni debería esta situación generarla antecedentes negativos como "deudor concursado o fallido", ya que su patrimonio personal es cuestión diferente del patrimonio de afectación del cual es titular mientras dure el contrato de fideicomiso.

Al respecto se ha dicho que "el deshonor que significa para el fiduciario exponer su nombre a un concurso, crea una barrera de oposición doctrinaria a la inclusión del sistema de salvataje de la LCQ, que perjudica no sólo a los diversos operadores involucrados en un fideicomiso, sino más aun al propio fideicomiso, porque se le impide acceder a un sistema de solución preventiva de la crisis, condenando indefectiblemente el emprendimiento al fracaso, sin importar que se llame concurso o quiebra, fracaso al fin[87]".

En definitiva, advertimos que con la reforma - que finalmente decidió judicializar el proceso de liquidación del patrimonio fiduciario - el legislador pudo incluir al fideicomiso en el art. 2 de la LCQ dar claridad al problema de la insolvencia del fideicomiso y acabar con la discusión al respecto de la concursabilidad de éste último. Sin embargo optó por un sistema híbrido que mantiene la prohibición de quebrar y permanece en silencio con respecto al supuesto del concurso preventivo. Creemos entonces que corresponde interpretar la norma armónicamente con el resto del ordenamiento jurídico, buscando la respuesta que equilibre de la mejor manera posible los intereses en juego, evitando caer en la prohibición legal.

---

[87] CRISTÓFARO, Giovana E. del C, "Hacia el concurso del fideicomiso", Revista de Estudios de Derecho Empresario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp.278-279, ISSN2346-9404, en http://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8825/9668 (disponible el 29-VIII- 2015).

4. Opciones del fiduciario frente a la situación de insuficiencia de los bienes fideicomitidos

Establece el art. 1687 del CCCN que la liquidación procede "…a falta de otros recursos previstos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales…". Esta pareciera ser la única alternativa que evitaría la liquidación del patrimonio insolvente, salvo, que se hubiera previsto contractualmente alguna otra posibilidad, como por ejemplo que los mismos acreedores del fideicomiso (distintos del beneficiario, o fideicomisario) a cambio de algún beneficio extra a futuro (reducción del precio de las unidades aun no entregadas, intereses, etc.) efectúen pagos a cuenta.

A partir de la letra expresa de la ley podría entenderse que cualquier otra previsión contractual que se hiciera (diferente a la obligatoriedad de efectuar aportes por el fiduciante o el beneficiario) al margen de tribunales, no sería oponible erga omnes, y solo sería admisible si todas las partes del contrato y los acreedores del fideicomiso suscribieran tal clausula[88].

Se advierte entonces que, si se interpretara la prohibición de quebrar como extensiva a la posibilidad de concursarse o como excluyente de otras previsiones contractuales (tales como aquella que obligara al fiduciario a intentar un acuerdo preventivo extrajudicial con los acreedores previo a la liquidación), dejaríamos al fiduciario sin más opción que requerir en forma inmediata la liquidación de los bienes.

Siguiendo esta tesis - aun si el problema de insolvencia fuera superable - el fiduciario debe liquidar, salvo que el fiduciante, los beneficiarios o los acreedores realicen aportes.

5. El concurso preventivo del fideicomiso

Al respecto de esta cuestión, la pregunta obligada es: ¿La prohibición de quebrar implica también la prohibición de concursarse? Nada se aclaró con la reforma al respecto de este tema.

[88] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op. cit.,* p.3.

Los cierto es que, sobre este asunto la doctrina discrepa. Molina Sandoval se refiere a dos grupos[89]: **la tesis amplia** defendida por Games y Esparza[90] que se pronuncian por la concursabilidad del fideicomiso. Afirman que no existen razones conceptuales y legales para que estos patrimonios que son la excepción a la unidad del patrimonio, queden afuera de la órbita de aplicación de la normativa concursal especifica (LCQ).

En este sentido argumentan:

- Que se debe estar a formas jurídicas que eviten la liquidación de los patrimonios cuando estos sean viables económicamente, siendo "la consigna de la hora: la conservación de las empresas útiles[91]" ;

- Que debe interpretarse restrictivamente la cuestión de la quiebra, pero ello no implica que esté excluido el concurso preventivo, ya que dicho procedimiento no está excluido por la LF, ni por la LCQ;

- Que la LCQ permite la formación del concurso preventivo de las personas en liquidación (art. 5 LCQ);

- Que el concurso preventivo puede ser un marco jurídico que evite la liquidación y sus aspectos negativos, ya que este procedimiento es un medio para restructurar el patrimonio o afrontar una desfavorable situación patrimonial y económica que permita fortalecer una unidad económica para el futuro;

- Que recurrir al concurso preventivo puede ser un parámetro de diligencia de la función (art. 6 LF y art. 1674 CCCN);

- Que las amplias facultades de la asamblea de tenedores (art.24 LF) permitirían introducir la solución preventiva.

Además, para estos autores, las exclusiones que hace la ley al referirse a leyes especiales solo son con respecto a las personas jurídicas, y por lo tanto no se aplican al fideicomiso que carece de personalidad, puesto que es un patrimonio de afectación[92].

[89] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica…, op. cit.,* pp. 303 - 304.
[90] GAMES Luis M., ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y…, op. cit.,* pp. 139- 143.
[91] MAFFIA, Osvaldo J., *Derecho Concursal,* Zavalía, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 161, cit. por GAMES Luis M., ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y…, op. cit. ,* p. 140.

En el derecho comparado se pronuncia a favor de esta postura Domínguez Martínez, quien - desde la óptica de la legislación mexicana - trata la procedencia de la "concursalidad" del patrimonio dado en fideicomiso, según la actividad que se desarrolle con los bienes (según se trate de una actividad comercial o no)[93].

Por otro lado, la **tesis restrictiva**, representada por Kiper y Lisoprawski (y que constituye la postura mayoritaria en la actualidad) no comparte la solución anterior. Entienden que ni la LCQ ni la LF[94], permiten inferir la concursabilidad del fideicomiso, ya que la LCQ es posterior a la LF, lo que demuestra que el legislador pudo prever tal solución en aquella norma y que - sin embargo - decidió no hacerlo. Por lo tanto concluyen que no se trató de un simple olvido o descuido, sino de una exclusión ex profeso. Asimismo sostienen que resultaría una incoherencia normativa el supuesto de que el concurso no llegue a feliz término y entre en quiebra.

Este sector doctrinario también rechaza la posibilidad de que el fiduciario presentara para su homologación un acuerdo preventivo extrajudicial (APE) según lo previsto en el art. 69 y s.s. de la LCQ., ya que a dicha solución solo pueden acceder aquellos quienes puedan solicitar su concurso preventivo o ser declarados en quiebra porque, después de la reforma establecida por la ley 25.589, un APE surte efectos sobre la minoría de acreedores disidentes. Es decir que, como ocurre en el acuerdo preventivo homologado en el concurso preventivo, tiene efectos sobre terceros y esto sólo sería procedente en los casos que así lo establezca la ley.

Según esta postura, no podría pactarse la aplicación directa de la LCQ, porque tal solución implicaría la violación de la prohibición prevista en el art. 1687 CCCN, pero podría pactarse la aplicación subsidiaria (y en principio parcial), como procedimiento de negociación con los acreedores. La limitación estaría dada por la imposibilidad de obligar a los acreedores que no participen del procedimiento, es decir, no se producirían los efectos

---

[92] GAMES Luis M., ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y…, op. cit. ,* p. 36

[93] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge, *El fideicomiso,* Porrúa, México, 1972, p. 223, cit. por MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica…, op. cit.,* p. 304.

[94] Cuyas disposiciones se encuentran actualmente incorporadas al CCCN.

frente a terceros de la apertura de un concurso preventivo, ni les serían aplicables a los terceros los acuerdos alcanzados con los acreedores[95].

Molina Sandoval antes de la reforma se plegaba a esta última interpretación, aunque expresamente manifestaba que "no ha sido acertada la exclusión del patrimonio fideicomitido de las soluciones concursales" [96]. Consideraba que no podía permitirse la analogía, atento a que no existía una laguna normativa, sino una norma expresa que prohibía la quiebra.

Sin embargo el citado autor, modificó su criterio luego de la reforma y unificación de los códigos Civil y Comercial, y aceptó expresamente la posibilidad de que el fiduciario pueda requerir la apertura del concurso preventivo del patrimonio fideicomitido, previa acreditación de los requisitos previstos en el art. 11 LCQ.

En este sentido, sostuvo que "el hecho de que el CCCN aluda a "liquidación" no excluye la posibilidad de que el patrimonio fideicomitido se concurse preventivamente. Si bien no está entre los sujetos mencionados en el art. 2 LCQ, y la ley le impide "quebrar" (art. 1687), no prohíbe otros mecanismos liquidativos[97]".

Luego el autor, hace referencia al art. 5 de la LCQ que admite el concurso de las personas "en liquidación" y al respecto sostiene que sería un concurso en el que el incumplimiento del acuerdo (o los otros supuestos del art. 77, inc. 1 LCQ y también art. 43 LCQ) no importaría la declaración de quiebra pero si un mecanismo liquidativo judicial muy parecido a la quiebra en que el tribunal, según su razonable criterio, deberá aplicar el régimen falencial en lo que estime pertinente[98].

---

[95] MAYER, Mariano, "El fideicomiso ordinario frente a su propia quiebra", Revista Argentina de Derecho Empresario, IJ-LXVIII-209, en http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65209&print=1 (disponible el 29 – VIII -2015).
[96] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica…, *op. cit.*, p. 305.
[97] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código", La Ley, 08/07/2015, p. 2, cita *online: AR*/DOC/2035/2015.
[98] *Ibidem*.

Por otro lado, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre la imposibilidad de la declaración de la quiebra del fideicomiso[99].

Nosotros creemos que el legislador pudo haber incorporado la prohibición de concursar al patrimonio fideicomitido conjuntamente con la de quebrar para el supuesto de insolvencia del fideicomiso, y que sin embargo no lo hizo. Que por lo tanto resulta aplicable el art. 19 de la CN, según el cual aquello que no está prohibido, está permitido. Esta solución no es del todo novedosa, no olvidemos que la ley 11.719[100], ya preveía para determinados supuestos la liquidación del patrimonio sin quiebra.

Interpretada de este modo, la norma le permitiría a las partes convenir con carácter obligatorio para el fiduciario algún sistema de salvataje previo a la liquidación ante una situación de insolvencia, tales como el concurso preventivo judicial o bien el extrajudicial (APE).

Parte de la doctrina que se encuentra a favor de la concursabilidad del fideicomiso, sostiene que "no solamente por el principio de conservación de la empresa y en pos de la protección de los acreedores (que aumentarían sus posibilidades de cobro), sino principalmente porque la ley no prohíbe el concursamiento[101]. La hipótesis es comparable a las de las entidades financieras a las cuales la jurisprudencia ha brindado la posibilidad de concursarse, aun cuando la ley de entidades financieras expresamente la proscribe[102]. Consecuentemente, ante el pedido de liquidación formulado por un acreedor, el fiduciario se encontraría en condiciones de requerir la conversión de la misma aun concurso preventivo.

---

[99] CNCom., Sala A "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra promovido por Embal System S.R.L", (expte68118/2008), 3/4/2009 (JNac. Com. N°10, secretaría N°20).

[100] Régimen General de Quiebra, publicada el 30/09/1933, modificada por las leyes N°19.550, 19.551 y 24.522.

[101] BELMAÑA LLORENTE, Andrea, ponencia: "Liquidación del fideicomiso. Aspectos procesales". VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia 7,8 y 9 de septiembre, Villa Giardino, Córdoba, Argentina, en en "*Crisis y derecho",*Fespresa, Córdoba, 2015, t. II, p. 402.

[102] JCiv. y Com. N° 9, Rosario, "Banco Bisel s/ Concurso preventivo", 01/11/2002; JCiv. y Com N°13 Ciudad de Cordoba " Banco Suquía SA s/ Concurso preventivo, 23/10/2002.

Asimismo consideramos con parte de la doctrina vigente[103] que si se interpretara la norma en sentido contrario, el art 1687 CCCN podría ser declarado inconstitucional por los jueces a fin de que - en el marco de la liquidación de un fideicomiso- si no existe un procedimiento especifico de salvataje previsto en el contrato, se aplique el sistema concursal puro establecido en la LCQ, que hasta el momento constituye el único sistema legal previsto para enfrentar una situación de crisis económica financiera.

Es preciso interpretar esta solución en el marco de la nueva regulación del fideicomiso, y entender que a partir de la reforma que dispuso la liquidación judicial y la aplicación en todo lo pertinente de la LCQ, muchos de los argumentos en virtud de los cuales algunos autores defendían la prohibición de quebrar, han perdido vigencia.

Asumimos, que la judicialización de la liquidación es imperativa y que, por lo tanto, la interpretación literal de la regulación actual nos lleva a concluir que - ante la insolvencia del patrimonio fideicomitido - el fiduciario no tiene más opción que pedir la liquidación del mismo, a pesar de que existiera una posibilidad real de superar la crisis.

En este contexto normativo, notamos se ha limitado visiblemente el margen que el art. 16 de la LF dejaba a la autonomía de la voluntad, pero a la vez se le ha quitado al fideicomiso la opción con la que cuenta todo deudor insolvente de acceder a una solución preventiva superadora de la crisis, con el argumento de que el fideicomiso carece de personalidad, con lo cual creemos que se genera una desigualdad de trato con respecto al fideicomiso en su faz de deudor[104].

Sobre el tema se ha dicho[105] que el concurso preventivo es una de las herramientas más importantes que el ordenamiento jurídico vigente ha instituido en beneficio de:

---

[103] CRISTÓFARO, Giovana E. del C, "Hacia el concurso del fideicomiso", Revista de Estudios de Derecho Empresario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 277, ISSN2346-9404, en http://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8825/9668 (disponible el 29- VIII- 2015).

[104] *Idem,* p. 279.

[105] DI LELLA, Nicolás J., "Imposibilidad del concurso de las UTE en Tucumán", La Ley NOA, 2014 (Julio) 604, p.2, cita *online:* AR/DOC/1675/2014.

- El deudor, quien podrá hacer frente y solucionar su estado de impotencia patrimonial, evitando definitivamente la liquidación de su actividad y de su patrimonio.

- Los acreedores, quienes verán incrementadas sus expectativas de satisfacción de sus créditos en comparación con lo que sucederá en la liquidación forzosa de los bienes del deudor.

Asumiendo esta postura, creemos que privar al fiduciario de la opción de requerir la apertura del concurso preventivo, implicaría limitar de tal manera sus facultades de negociación y previsión contractual que le quedaría nada más la posibilidad que denunciar la situación de insolvencia y pedir la liquidación de los bienes para eximirse de responsabilidad. A su vez, esta solución perjudica también a los acreedores quienes seguramente van a tener más posibilidades de recuperar parte de sus créditos en un concurso preventivo que en un proceso de liquidación.

Como adelantáramos, sostenemos que si bien prohibición de quebrar no fue la solución más feliz, ya que los legisladores debieron incluir al fideicomiso como sujeto concursable en el art. 2 de la LCQ, extender tal prohibición análogamente al concurso preventivo parece excesivo, máxime cuando el legislador pudiendo haberlo prohibido también decidió no hacerlo.

Contrariamente, la mayoría de la doctrina considera que la petición de la apertura del concurso ocasionaría soluciones incoherentes en el supuesto de que éste fracasara por cualquier motivo, justamente como consecuencia de la imposibilidad de quebrar. En idéntico sentido se ha pronunciado también la escasa jurisprudencia existente sobre el tema en estudio.

Sin embargo, es innegable que la norma, tal cual fue redactada, deja abierta ambas posibilidades.

Serán los jueces, a quienes - en última instancia - les corresponderá realizar el control de constitucionalidad de la norma en función de la interpretación que estimen más justa y razonable en el marco del nuevo sistema de liquidación judicial del fideicomiso por insuficiencia de los bienes fideicomitidos que propone el CCCN.

Sin perjuicio de ello y para el caso de que se extienda la prohibición del quebrar a la posibilidad de concursarse para el patrimonio fideicomitido, creemos en la posibilidad - según cada caso concreto - de peticionar la inconstitucionalidad de ésta prohibición (y consecuentemente de concursarse) ya que dada la reciente reforma no avizoramos otra salida legitima frente a la manifiesta desigualdad generada por la norma.

A continuación nos referiremos a los argumentos que justifican esta postura.

a) Principio de conservación y actuación preventiva

Creemos que la inconstitucionalidad de la prohibición de quebrar se justifica a partir de que el art. 1687 CCCN atenta contra el principio de conservación que entendemos debe primar frente a una situación de insolvencia.

Dicho principio, explica Alegría, procura el "mantenimiento de las unidades económicas útiles y la conservación del valor de la empresa en marcha o al menos como un conjunto de bienes cuya explotación fuera útil para la comunidad", en el entendimiento que "los intereses comprometidos por la situación de insolvencia no son solamente bipolares (deudor - acreedor) sino multipolares, agregándose la consideración del interés de los trabajadores y también las de clientes y proveedores y, finalmente, los de la economía en general[106]".

Este criterio está plasmado en la exposición de motivos de la Ley Mexicana de Concursos Mercantiles que sostiene: "A fin de proteger el valor económico y social de una empresas en crisis, es necesario contar con un procedimiento colectivo que permita maximizar dicho valor y, al mismo tiempo dar trato equitativo a los acreedores…[107]"

Esta nueva concepción, que implica el intento de conservar las empresas por su importancia para la sociedad, es decir el interés general, no busca proteger al empresario o a sus acreedores, sino a todos quienes tienen un interés concreto en que la empresa siga funcionando, en primer lugar, los empleados, y asimismo los proveedores, los clientes, las

[106] ALEGRÍA, Héctor, "Diálogo de Economía y Derecho y Convergencias Culturales y Sociales en la Insolvencia", La Ley 2007-C, 900, p.15, cita *online*: AR/DOC/1158/2007.
[107] RASPALL, Miguel A., "Derecho de la empresa en crisis…", *op. cit.,* p.3.

empresas a quienes provee la empresa en crisis, las empresas satélites, los consumidores, el fisco, la comunidad en general, etc.[108]

De esa manera, según la concepción actual se espera la salvación de las empresas con potencial para solucionar sus dificultades económicas. Esta debe ser una posibilidad en cabeza de quien fue designado titular del patrimonio de afectación para cumplir con un objetivo, siempre que considere que éste último es realizable a pesar de las dificultades económicas actuales.

Al respecto sostiene Maffia que "el ideal de obtener remedio cuando surgen los problemas exige detener la atención en un momento de la vida de la empresa - el de mera crisis en vista al remedio - y no, como antes, el de la insolvencia como presupuesto de la liquidación falencial[109]".

Pensemos en un fideicomiso cuyos bienes resultaron ser insuficientes por razones ajenas al contrato y que afectan el mismo ocasionalmente, podría ser un fideicomiso agropecuario, o uno inmobiliario, afectados por una modificación en el tipo de cambio.

Si se extendiera la prohibición de quebrar a la de concursarse, el fiduciario no tendría más opción que presentarse ante la justicia y peticionar la liquidación de todos los bienes para pagar hasta donde los mismos alcancen. De este modo se pondría fin al contrato de fideicomiso y consecuentemente, al emprendimiento económico que el mismo arbitraba.

Ningún valor tendrían las cláusulas contractuales que obliguen al fiduciario a buscar una salida no liquidativa ante la potencial insolvencia, ya sea el concurso preventivo judicial o el extrajudicial (art. 69 a 76 LCQ). Además, el fiduciario - en este contexto - deberá pedir la liquidación lo más rápido posible, ya que su responsabilidad personal se encontrará en juego y la demora injustificada - por más que la misma se hubiera debido a la búsqueda de soluciones alternativas para salvar el negocio - le podría ser imputable, ya

[108] MAYER, Mariano, "El fideicomiso ordinario frente a su propia quiebra", Revista Argentina de Derecho Empresario, IJ-LXVIII-209, en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65209&print=1, (disponible el 29-VIII-2015).

[109] MAFFÍA, Osvaldo J., Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial, La Ley 1984-C, 775, p. 11, cita *online:* AR/DOC/18836/2001.

que no existe ninguna opción legalmente prevista, además de la liquidación en el nuevo Código.

b) Antecedentes jurisprudenciales

La Sala A de la Cámara Nacional de Comercio en los autos caratulados: "Catalinas Blancas I s/ Concurso preventivo", resolvió la improcedencia del pedido del concurso preventivo del patrimonio fideicomitido, considerando que la prohibición legal expresa en el entonces art. 16 de la LF se extendía a la posibilidad de peticionar el concurso preventivo, ya que el fracaso de éste último ocasionaría de manera inevitable la declaración de la quiebra del deudor.

Analicemos el citado fallo:

En el marco de esta causa, el fiduciario (*Convexia Business Solutions* S.A.) apeló la resolución del juez de grado que rechazó la petición de la apertura del concurso preventivo del patrimonio fideicomitido, como así también el planteo de inconstitucionalidad deducido en subsidio respecto del art. 16 LF.

Los argumentos de la recurrente fueron los siguientes:

- No se solicitó el concurso del contrato de fideicomiso sino del patrimonio de afectación que se constituye a través del mismo, ya que - en definitiva - este constituye un centro de imputación de normas, derechos y obligaciones, siendo la figura del fiduciario solo un recurso técnico, puesto que la ley se cuida de desdoblar el patrimonio de éste (el propio) de aquel que ostenta a título de fiducia. Expresa el fiduciario en sostén de su argumento, que el propio art. 16 LF dispone que "en el supuesto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos y a falta de otros recursos, procederá su liquidación". Es decir que se trata de la liquidación del patrimonio de afectación no la del fiduciario.

- Que la pretensión de concursamiento no implica un pedido condicional de quiebra, ya que el fracaso del concurso podría ocasionar una liquidación judicial diferente a la quiebra, porque el art 16 de la LF no prohíbe esta alternativa.

- Que la petición de concursamiento fue ratificada en asamblea por las mismas partes del fideicomiso.

- Que no rige ninguna prohibición legal ni contractual que obste a colocar al patrimonio fideicomitido en la misma situación que los supuestos contemplados en los arts. 2 y 5 LCQ.

- Que se ha incurrido en un exceso de rigor formal considerando que el ordenamiento concursal incluye dentro de los sujetos concursables al menos dos patrimonios de afectación que no son personas (el patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores y los deudores domiciliados en el extranjero, respecto de bienes existentes en el país), lo que indica que tal posibilidad no es contraria a la ley ni a la moral y buenas costumbres.

- Que la resolución del juez a quo ha violado el principio de igualad previsto en el art.16 de la CN, por cuanto ha discriminado al fideicomiso respecto de otros patrimonios separados.

Por su parte, la Cámara rechazó el pedido del concurso preventivo del patrimonio fideicomitido argumentando:

- Que considerar al deudor domiciliado en el extranjero con respecto a los bienes del mismo existentes en el país como un "patrimonio de afectación", separado de la persona del deudor es un grave error conceptual, ya que lo que la ley quiso fue acotar, con un alcance puramente territorial, el ámbito de eficacia jurisdiccional de la actuación de los tribunales argentinos limitando la posibilidad del concursamiento a un deudor de esa condición (con domicilio foráneo) o de declarar su falencia.

- Que el art. 2 inc. 1 de la LCQ permite que los herederos de un deudor fallecido puedan solicitar el concurso particular del patrimonio del causante cuando aún permanece como sucesión indivisa antes de la partición, autorización que también se extiende a los herederos y acreedores para peticionar la quiebra. Se trata de una manifestación ultractiva del deudor que aun fallecido sigue respondiendo por sus

obligaciones con su patrimonio aun indiviso, en tanto éste subsiste como atributo que aún no se ha independizado de la persona del causante deudor.

- Que no puede soslayarse que la ley específica que regula esta materia establece con absoluta claridad y precisión que el patrimonio fideicomitido no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia, se trate de un fideicomiso común o financiero[110].

- Que resulta imposible disociar al fideicomiso como patrimonio de afectación concursable, de la prohibición legal de falencia, desde que es inherente al concurso preventivo el riesgo de su fracaso con la consecuente declaración de quiebra.

- Que en esta materia se encuentra involucrado el orden público concursal, motivo por el cual la decisión de someter al fideicomiso al trámite concursal decidida por los fiduciantes en la asamblea, en los términos de la cláusula 5.8 del contrato, no resulta idónea para enervar el criterio expuesto, porque las reglas en materia contractual no son disponibles.

Finalmente, con respecto al planteo de inconstitucionalidad planteado en subsidio por el recurrente, el Tribunal sostuvo:

- Que, según la doctrina de la CSJN, la declaración de inconstitucional constituye la última ratio del orden jurídico, que a los efectos de la demostración de la existencia de un caso o causa la CSJN entendió que la parte debe demostrar la existencia de un "interés especial" en el proceso o que los agravios alegados afecten de forma suficientemente directa o sustancial, es decir que posean suficiente "concreción e inmediatez" para procurar dicho proceso.

- Que en el caso, la voluntad del legislador ha sido, sin duda, excluir como "sujeto" pasible de ser declarado en quiebra el patrimonio separado conformado por los bienes fideicomitidos.

[110] El tribunal cita el precedente: CNCom., Sala A "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra promovido por Embal System S.R.L", (expte68118/2008), 3/4/2009 (JNac. Com. N°10, secretaría N°20).

En función de los argumentos esgrimidos por la Cámara para rechazar la inconstitucionalidad planteada, estimamos que, probablemente la solución hubiera sido diferente si el fiduciario hubiera planteado directamente la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Creemos los argumentos esgrimidos por el fiduciario a fin de justificar la concursabilidad del patrimonio fideicomitido son válidos, responden a una necesidad real y que, como tales debieron ser considerados por el legislador a la hora de la reforma del Código.

De todos modos, si bien la prohibición legal subsiste, no podemos dejar de lado que el fallo - si bien reciente- es anterior a la entrada en vigencia del CCCN y que la reforma del Código ha modificado y limitado las alternativas del fiduciario frente a una situación de insolvencia. Éste último ahora no tiene más remedio que liquidar, no hay previsión contractual o sistema extrajudicial de salvataje al que pueda acudir por opción. La ley solo le permite la posibilidad de exigir aportes al fiduciante y a los beneficiarios (siempre que tal alternativa hubiera sido prevista contractualmente) y nada más.

En este nuevo escenario creemos que los justiciables deberán replantearse, la conveniencia de declarar la apertura del concurso preventivo como salida alternativa a la liquidación del patrimonio fideicomitido (ya que la misma no está prohibida por el art. 1687 CCCN).

c) La inconstitucionalidad del art. 1687 del CCCN

Sostener que la solución del nuevo Código no fue la más conveniente y que los legisladores debieron haber incluido al patrimonio fiduciario en el art. 2 de la LCQ, nos lleva a afirmar que la prohibición legal prevista en el art. 1687 interpretada como extensiva al concurso preventivo, es inconstitucional por cuanto impide que el fiduciario pueda solicitar la apertura del concurso de su patrimonio especial, privándolo de una opción de salvataje como la que tiene cualquier otro deudor en igual situación.

Ahora bien - a pesar de que sostenemos que la del Código no es la solución más conveniente - de la misma norma surge que la imposibilidad de quebrar está superada a

partir de la judicialización de la liquidación del patrimonio fideicomitido que admite la aplicación “en lo que resulte pertinente” de la LCQ.

Estimamos que esta remisión inmediata a la LCQ como la única normativa aplicable a la liquidación del fideicomiso, excluye la posibilidad de utilizar a estos fines otros sistemas liquidativos, tales como el previsto en la LGS.

Esto nos lleva necesariamente a concluir que, en la práctica judicial, los jueces van a aplicar el régimen concursal con mínimas modificaciones no sustanciales, con el único objetivo de justificar no caer en la prohibición legal. Es lo ha venido ocurriendo incluso antes de la reforma.

Distinta es la solución para el caso del concurso preventivo, que no está prohibido pero tampoco permitido para el supuesto de insolvencia del patrimonio fiduciario por el CCCN.

Por nuestra parte creemos que la extensión por analogía de la prohibición de quebrar al concurso preventivo, deviene inconstitucional por cuanto viola los arts. 16, 17, 18, 19 y 28 de la CN.

En este sentido entendemos que después de la reforma, el fiduciario no cuenta con una solución preventiva de la crisis. La interpretación literal de la norma excluye la posibilidad de que las partes del contrato prevean una solución de liquidación extrajudicial alternativa o un sistema de salvataje obligatorio para el fiduciario similar al del concurso preventivo. Sólo le queda a éste último la opción de requerir la liquidación judicial.

Al referirnos sobre el sistema liquidativo de la LF sostuvimos que el mismo era inconstitucional, porque colocaba a los acreedores del patrimonio fiduciario en una situación de absoluta desigualdad y ponía la liquidación de aquel patrimonio insolvente exclusivamente en manos de quien probablemente hubiera ocasionado la situación de crisis. Razonábamos que esta solución podría derivar en grandes abusos en detrimento sobre todo de aquellos acreedores que no participaron del contrato de fideicomiso, a los que podríamos llamar “acreedores externos” para incluir dentro de ésta categoría a los acreedores laborales, a los proveedores de bienes y servicios, a las empresas dadoras de crédito, etc.

Debemos reconocer que el art. 1687 CCCN, mediante la judicialización de la liquidación y el mandato que dispone la aplicación (en o que sea pertinente) de la LCQ, puso fin a esta problemática. De este modo la liquidación del patrimonio fideicomitido ya no se encuentra en manos del fiduciario, quien podía liquidar como y cuando quiera sin control judicial y sin acción en cabeza de los acreedores para reclamar por sus derechos dentro del marco de la liquidación.

Sin embargo se advierte que la reforma - como venimos sosteniendo - subestimó la problemática, mantuvo la prohibición de quebrar en lugar de incorporar al fideicomiso dentro del art 2 de la LCQ y con ello dejó al fideicomiso sin más alternativa que la liquidación.

Nótese que antes de la reforma, el fiduciante por lo menos tenía la opción de prever contractualmente mecanismos excepcionales y alternativos a la liquidación de los bienes fideicomitidos, tales como exigir aportes adicionales a los inversores, estipular asambleas al estilo de lo dispuesto por los arts. 23 y 24 de la LF, prever la formación de un fondo de reserva en moneda fuerte, exigirles a los compradores de unidades un adelanto de precio a cambio de una reducción en el mismo, refinanciar la deuda tomando un crédito[111], estipular como medida previa a la liquidación el agotamiento de la instancia prevista en el art. 69 LCQ (APE), etc.

Si interpretáramos que la prohibición de quebrar debe extenderse a la de concursarse, necesariamente concluimos que ante la situación de insuficiencia de los bienes fideicomitidos, el fiduciario debe pedir inmediatamente la liquidación del patrimonio, pues si se demostrara que la demora le es imputable y que con ella (aunque durante este tiempo hubiera intentando alternativas contractualmente previstas o no de salvataje de la empresa o emprendimiento) generó un perjuicio, deberá responder por no haber cumplido con el estándar de conducta previsto en el art.1674 CCCN (prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios).

[111] BARATELLI, Germán A., "Insuficiencia del patrimonio fideicomitido para atender a las obligaciones del fideicomiso. Alternativas de salvataje ante el riesgo de no terminación del proyecto". La Ley, DJ 03/12/2014, 1, p.4 , cita *online:* AR/DOC/4005/2014.

Así las cosas, el fideicomiso - por medio del cual se instrumentan verdaderas empresas económicamente viables y socialmente útiles - quedaría (a diferencia de cualquier otro deudor) privado de una alternativa real para emerger de la crisis y fue condenado extinguirse, previa liquidación de sus bienes y distribución del producido a los acreedores.

Por este motivo nos sumamos a quienes sostienen que la prohibición de concursar al patrimonio fiduciario que pudiera interpretarse implícita en el art 1687 CCCN es inconstitucional por los siguientes fundamentos[112]:

- La desigualdad de trato (art. 16 CN) del patrimonio fideicomitido, con respecto a otros patrimonios separados para los cuales si se permite la solución concursal (patrimonio del fallecido y bienes existentes en el país del deudor domiciliado en el extranjero) y con las mutuales las cuales también pueden concursarse a pesar de estar expresamente excluidas del art. 2 LCQ y que - fracasado el concurso - se liquidan.

- La violación del derecho de igualdad también se pone en evidencia a partir de que los acreedores, los beneficiarios y fideicomisarios, no tienen el mismo derecho propio de cualquier acreedor a pedir la quiebra ante la cesación de pagos de su deudor, cuando el crédito proviene de un patrimonio fideicomitido, otorgándose al instituto un privilegio encubierto.

  Si bien a partir del art. 1687 del CCCN, que establece que son aplicables las normas de la LCQ en cuanto las mismas resulten pertinentes a la liquidación del patrimonio fiduciario, podríamos concluir que es aplicable el art.77 LCQ (según el cual el acreedor del deudor puede peticionar su quiebra en la medida que acredite los requisitos previstos en la norma del art. 88 LCQ).

[112] CRISTÓFARO, Giovana E. del C, "Hacia el concurso del fideicomiso", Revista de Estudios de Derecho Empresario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ISSN2346-9404,pp.277-278 , en : http://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8825/9668, (disponible el 29-VIII-2015)

- La desigualdad de trato del fideicomiso en su faz de deudor, tal como lo venimos sosteniendo a lo largo de este capítulo, es otro motivo que justifica la declaración de la inconstitucionalidad de la prohibición de concursar al patrimonio fideicomitido, ya que se le impide a éste el acceso a una solución preventiva superadora de la crisis, basada en la negación de la personalidad, a pesar de ser un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones y pese a que el Fisco le reconoce al fideicomiso personalidad fiscal a los fines de la tributación, equiparando a éste a una sociedad comercial.

- La desigualdad de trato en su faz de accionista controlante, en relación a cualquier otro accionista controlante de una sociedad quebrada, ya que el art. 1687 CCCN, al prohibir la quiebra del patrimonio fiduciario, protege al fideicomiso de eventuales acciones de extensión de la quiebra por abuso de control, otorgándose al fideicomiso un beneficio que no lo tienen otros deudores en las mismas circunstancias.

- Si bien el ejemplo más claro de la necesidad de aplicar el concurso preventivo se advierte en los fideicomisos de administración u ordinarios, no hay impedimento para extender su aplicación también al fideicomiso de garantía y al financiero[113].

Aclaramos que admitir la concursabilidad del patrimonio fiduciario en crisis no implica reconocer que el procedimiento concursal carezca de falencias o que se trate de un sistema que en la práctica funcione eficientemente. En este sentido se ha dicho que el sistema concursal "es perfectible", que también necesita una reforma integral y la adaptación a los nuevos tiempos y desafíos de la dinámica mercantil, entre ellos la consideración de los nuevos mecanismos reducidos en complejidad y tiempo para aquellos "sujetos" o "patrimonios" que requieren de un tratamiento diferencial en virtud de su envergadura, características, necesidades, llámese consumidor, pymes o fideicomisos[114].

La reforma podría haber incorporado al fideicomiso en el art. 2 de la LCQ y prever un sistema de liquidación más corto, y económico para el patrimonio fiduciario en crisis.

[113] *Ibidem.*
[114] *Ibidem.*

d) ¿Por qué las mutuales si y el fideicomiso no?

Históricamente - al igual que el fideicomiso - las mutuales fueron excluidas como sujetos concursables hasta la reforma del art. 37 de la ley 20.321[115]. En consecuencia, frente a problemas económicos financieros de carácter circunstancial, éstas se encontraban imposibilitadas para acceder a una solución alternativa a la liquidación, de recomposición patrimonial como lo es el concurso preventivo.

Esta exclusión arbitraria - por cuanto colocaba a las mutuales en una situación de desigualdad frente a otros deudores que si podían acceder al concurso preventivo como método para superar la crisis - fue objeto de reparos por parte de la jurisprudencia que en algunos supuestos se pronunció a favor de la declaración de inconstitucionalidad del art 37 de la ley 20.321 incluso de oficio.

En este sentido, encontrándose vigente la prohibición de concursarse para las mutuales, se sostuvo que "el fundamento de la "*pars condicio creditorum*" es uno de los grandes principios generales del derecho concursal que se torna aplicable frente a las entidades mutuales en cesación de pagos. Esto plantea la situación del juez frente a la ley vigente injusta para entender que como última "RATIO" del orden jurídico jurisdiccional puede y debe declarar la inconstitucionalidad del art.37 de la ley 20321, en tanto impide la aplicación de normas concursales ante el estado de insolvencia de una entidad mutual[116]". También se dijo que "en el caso de autos se declara de oficio la inconstitucionalidad del art.37 de la ley 20321, en cuanto considera no aplicable a las entidades mutuales las disposiciones de la ley 19.551, por ser injusta y por estar en pugna con el art.16 de la CN y de la cláusula del preámbulo que ordena afianzar la justicia. En consecuencia devienen aplicables las disposiciones de los arts. 33 a 41, 96 inc.1, 97, 110 a 118; 119 a 128,129, 130 a 146;147 a 163, 166 a 169, 197 a 211, 212 a 221, 260, 263 a 274 y 296 a 304 de la ley 19551, y todos aquellos arts. que, adecuándose a la naturaleza de la sociedad y demás

[115] El 2/01/2001, la ley 25.374 sustituye el art. 37 de la ley 20.321 el que queda redactado en los siguientes términos: "las mutuales quedan comprendidas en el régimen de la ley 24.522". A pesar de esta reforma el art. 2 de la LCQ aun expresa que no son susceptibles de ser declaradas en concurso preventivo las personas reguladas por la ley 20.321.

[116] CCiv.Com. Azul, Bs. As., "Sociedad Italiana de Socorros Mutuos s/ Liquidación judicial", 7/12/1989.

disposiciones de su estatuto legal particular, no impliquen que la entidad liquidada se encuentre en estado de concurso preventivo o definitivo[117]".

A diferencia del fideicomiso, las mutuales - como asociaciones sin fines de lucro - constituyen sujetos de derecho, sin embargo fueron igualmente excluidas del sistema concursal por razones de bien público y atento a que las mismas carecen de fin de lucro. De este modo se evidenciaba una clara vulneración al principio de igualdad, en perjuicio de las mutuales que no tenía vinculación con la personalidad jurídica de éstas.

Vale traer a colación las enseñanzas de Malagarriga y recordadas por Alegría precisamente a propósito de la exclusión de las mutuales como sujetos del concurso, cuando afirmaba que "ciertas leyes que quieren proteger demasiado terminan desprotegiendo[118]".

Al respecto Martorell, sostuvo en su momento que mantener la exclusión de las mutuales del régimen concursal es una "rémora del pasado" y ello debe ser modificado[119], ya que - aun considerando su peculiar naturaleza de entidades de bien público dedicadas a brindar servicios sin fines de lucro - no hay razón que justifique excluir del ámbito de la LCQ a las asociaciones mutuales (art. 37, ley 20.321), máxime cuando de tal modo se les impide acudir a una solución preventiva que les permita superar la insolvencia sin liquidarse, manteniéndose la prestación de servicios, que por su naturaleza parece conveniente promover.

Así las cosas, como consecuencia de la exclusión del régimen concursal, las mutuales estuvieron privadas de la posibilidad de resolver sus dificultades financieras circunstanciales mediante el acuerdo con sus acreedores y fueron obligadas a liquidar sus activos. Además, al tener vedado los mecanismos del concurso y la quiebra - a diferencia de las sociedades comerciales y las asociaciones civiles - las mutuales no podían acceder al

[117] *Ibidem*.
[118] ALEGRÍA, Héctor, "La insolvencia de asociaciones mutuales. Soluciones", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, t. 1988, p.1008, cit. por GRACOGNA, Dante, "Concursabilidad de …", *op. cit.*, p. 3.
[119] MARTORELL, Ernesto, *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 381.

crédito, o debían hacerlo en condiciones más onerosas[120], tal cual ocurre en la actualidad con el fideicomiso.

Finalmente, la ley 25.374 dispuso en su art. 1 modificar la ley 20.321 y sustituir el art. 37 de la misma por otro que establecía expresamente que las mutuales quedan comprendidas en el régimen de la ley LCQ.

Después de tanta discusión, el legislador se hizo cargo de que "un circunstancial ahogo financiero puede derivar en la liquidación, sin posibilidad de resolver su situación mediante el recurso a los mecanismos previstos por la mencionada ley, aplicable incluso a las asociaciones civiles". Los fundamentos del proyecto también destacan la importancia social de las mutuales y hacen expresa la intención de la ley de "contribuir a su desenvolvimiento más eficiente"[121].

De este modo, la nueva ley colocó a las mutuales en idéntica situación jurídica que las demás personas de existencia ideal de carácter privado a las que se refiere el art. 2 de la LCQ.

Este cambio implica que, si las mutuales pueden solicitar su concurso preventivo, también pueden celebrar un APE y utilizar esta herramienta para encausar la solución de los problemas provocados por la cesación de pagos o dificultades financieras de carácter general[122]. Pensamos que esto mismo debería ocurrir con el patrimonio fideicomitido.

En este sentido, se consideró que excluir a las mutuales del ámbito concursal no implicaba una medida legal de protección del orden público, ya que privarlas de recurrir al concurso, cuando se encuentran en estado de impotencia financiera - que puede ser

---

[120] CRACOGNA, Dante, " La aplicación de la ley de concursos y quiebras a las mutuales", Ponencia en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, en : http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASH0175/42f61e5a.dir/doc.pdf, (disponible el 9-IX -2015)

[121] Cfr. Texto de los fundamentos del proyecto de ley presentado por los diputados Balestra y Volando, Expte. 346-D-99.

[122] GRACOGNA, Dante, "Concursabilidad de…", *op. cit.*, p.6.

circunstancial y superable - y poner en manos de un ente oficial (INAM) su liquidación, en manera alguna garantizaba una mejor solución[123].

Pensamos que los fundamentos que justificaron la incorporación de las mutuales al sistema concursal son plenamente aplicables al fideicomiso, puesto que prohibición de concursarse tiene que ver con la posición desigual (y por lo tanto inconstitucional y contraria al principio de conservación de la empresa) en la que se encuentra un patrimonio (ya sea que su titular sea un sujeto de derecho o un fiduciario) por medio del cual se estructura una empresa o emprendimiento, cuando éste último no puede acceder a una solución de salvataje frente a un problema financiero.

Por ello, creemos que, a pesar de no ser tratado por la legislación como un sujeto de derecho, el fideicomiso deber ser incluido dentro del sistema de la LCQ, ya que de otro modo privaríamos al patrimonio de afectación (que en la realidad opera como una verdadera empresa organizada) de cualquier solución superadora de la crisis, obligando al fiduciario a presentarse ante la justicia a pedir la liquidación de los bienes lo más rápido posible, ante cualquier situación que implicara un desequilibrio financiero, por más que la misma fuera superable, ya que de otro modos ése comprometería su responsabilidad personal.

[123] *Idem,* p. 3.

CAPITULO CUARTO: NORMAS DE LA LEY 24.522 DE APLICACIÓN PERTINENTE A LA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO INSUFICIENTE

A lo largo de este capítulo intentaremos demostrar que las previsiones de la LCQ son aplicables - prácticamente en su totalidad- al fideicomiso en liquidación, ya que se trata de la única norma general en nuestro sistema legal que prevé la situación de insolvencia y consecuente liquidación de un patrimonio buscando la protección de los acreedores.

Al hablar de insolvencia, nos referimos a la difícil situación que se plantea entre los distintos intereses en conflicto, a la imposibilidad de satisfacer a todos a la vez y a la delicada tarea de repartir equitativamente en un contexto de escasez, en el cual es menester efectivizar delicadamente una justicia distributiva[124].

Por ello, siendo que no existe otra norma en nuestro ordenamiento que prevea la descripta situación de insolvencia como presupuesto para su aplicación, reiteramos que creemos que la reforma del Código debió haber incluido al fideicomiso dentro de los supuestos enumerados en el art. 2 de la LCQ o directamente otorgarle al fideicomiso la personería jurídica.

La LCQ está dotada de una serie de variables de cierta flexibilidad que permiten una adecuada realización de los bienes, además su sistema conceptualmente respeta el parámetro propio de toda liquidación (realización de activos para cancelación de pasivos) y tiene como punto de partida el mismo origen factico que determina la aplicación del esquema normativo de la liquidación del patrimonio fiduciario (es decir, una situación de insolvencia)[125].

No es nuestro objetivo efectuar un análisis exhaustivo de la legislación concursal, sino (como ya se adelantara) demostrar que la misma es aplicable en casi toda su extensión a la liquidación del fideicomiso y que las soluciones que propone la referida norma son más eficientes, coherentes y completas que las de otros sistemas liquidativos que fueron

[124] ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y..., op. cit.*, p.39.
[125] JOULIA, Emilio Cesas, "Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario", El Derecho, 201-689, p. 3.

propuestos por la doctrina y la jurisprudencia mediante una forzada adaptación de los mismos a una problemática totalmente ajena a ellos.

Por ello, en términos generales, analizaremos las cuestiones más relevantes de la LCQ y su utilidad en el marco de la liquidación del patrimonio fideicomitido.

1. La "pertinencia" como criterio para aplicar el régimen concursal

Ya hicimos referencia al art. 1687 CCCN que en su último párrafo dispone que la liquidación estará a cargo del juez y que éste último deberá fijar un procedimiento "sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente".

Al respecto, sostienen Kiper y Lisoprawski que no cabe la aplicación lineal de la LCQ y que el juzgador deberá discernir dentro del conjunto de normas falenciales la que debe ser aplicable en cada situación o circunstancia de la liquidación, prestando especial atención respecto de la especie de fideicomiso que se halla en trance de liquidación[126].

A diferencia de ellos, creemos que la mayoría de las disposiciones de la LCQ son pertinentes, necesarias y obligatorias a fin de garantizar la protección de los acreedores.

Sólo resultarían "no pertinentes", por lógicas razones, las normas que se refieren a los efectos personales de la apertura del concurso o declaración de la quiebra sobre el concursado/ fallido. Ya que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio especial o de afectación, separado del patrimonio fiduciario (art. 1685 CCCN) y atento a que los bienes de éste último no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos (art. 1687 CCCN). De otro modo terminaríamos estigmatizando al fiduciario con la lógica consecuencia de atentar contra la flexibilidad y practicidad del fideicomiso.

El proceso de liquidación por declaración de quiebra previsto en la LCQ constituye un sistema complejo, compuesto por etapas que resultan necesarias y que no pueden ser obviadas o sustituidas. Por ello creemos que el juez difícilmente podrá aplicar algunas normas y prescindir de otras, sin alterar la lógica del sistema.

[126] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op. cit.,* p. 3.

Probablemente si pueda prever la aplicación de plazos más cortos a los fines de acelerar la liquidación de un patrimonio fiduciario que no revista mayores dificultades, pero ello no justifica la solución arribada por el CCCN, ya que la posibilidad modificar los plazos, podría haber sido prevista por ley. En realidad, esta posibilidad responde a un problema diferente: la necesidad de modificar el régimen concursal para adecuarlo a las necesidades imperantes de la hora, tales como la inclusión en su articulado de los diferentes sujetos concursales que requieren de un tratamiento diferente a los que hoy propone la LCQ (los consumidores, las Pymes, el fideicomiso, etc.).

Nótese que de no aplicar el sistema concursal a la liquidación del fideicomiso nos encontraríamos frente a problemas de imposible solución: ausencia de disposiciones que prohíban la enajenación de bienes por parte del fiduciario[127], no se suspenden las acciones de contenido patrimonial[128]; no se prevé la suspensión de los intereses; falta de previsión con respecto a las ejecuciones privadas (que pueden "hacer desaparecer el patrimonio en el *iter* de su liquidación"); falta de previsión con respecto a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes., etc.[129]

Por todo lo dicho, entendemos que la mejor solución hubiera sido incorporar el patrimonio fiduciario en el art. 2 de la LCQ.

2. Principios de la LCQ aplicables a la liquidación del fideicomiso

Sostiene Rouillón que la defensa del crédito e igualdad del trato de los acreedores, la salvaguarda de la integridad patrimonial del deudor, y la preservación de la actividad empresarial útil[130] son orientadores de la LCQ. Creemos que los mismos son mismos deben operar como rectores de la liquidación del patrimonio fiduciario. Por tal motivo, en coincidencia con la doctrina mayoritaria[131], entendemos que resultan aplicables a la

[127] Por ejemplo, la "inhibición al patrimonio del deudor para disponer de sus bienes", como existe en la quiebra.
[128] Por lo tanto los acreedores mientras se está decidiendo la forma de liquidar los bienes fideicomitidos podrán agredirlos y seguir adelante con sus acciones.
[129] TON, Walter Rubén, "El Fideicomiso en insolvencia debe ser liquidado a través de la quiebra", en: http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/contratos/fideicomiso_insolvencia_debe_ser_liquidado_quiebra_ton.pdf , (disponible el 29-VIII-2015).
[130] ROUILLON, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y…, *op. cit.*, p.39.
[131] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op.cit.,* p.4.

liquidación del patrimonio fideicomitido los principios que la LCQ que la caracterizan: universalidad, unicidad e inquisitoriedad relativa.

Esto como consecuencia necesaria de la judicialización del procedimiento de liquidación del fideicomiso, cuyo objetivo principal fue, sin dudas, limitar las facultades irrestrictas del fiduciario en pos de la protección de los acreedores.

a) Universalidad

Entendemos - junto con la doctrina mayoritaria[132]- que ésta es la nota más distintiva de los procesos concursales, y que por lo tanto debe aplicarse a la liquidación del patrimonio fiduciario.

A diferencia de los procesos singulares, en los universales convergen las pretensiones de todos los acreedores sobre la totalidad del patrimonio. Y esta universalidad tiene dos caras: en su expresión objetiva, comprende el activo concursal, (en nuestro caso el patrimonio fideicomitido en su totalidad) y en su expresión o perfil subjetivo relaciona a todos los sujetos involucrados como acreedores o titulares de pretensiones que pudieran afectar la integridad patrimonial del concursado (aquí- del patrimonio fideicomitido cuyo titular es el fiduciario). La universalidad se concreta en diferentes normas de la ley concursal, que constituyen expresiones jurídico - positivas de ese principio general[133].

En su faz objetiva, este principio se materializa en el art. 107 LCQ que dispone el desapoderamiento de los bienes del fallido de pleno derecho desde la declaración de la quiebra y de los que adquiera hasta su rehabilitación.

Está claro que esta norma no es enteramente aplicable a la situación del fideicomiso en insolvencia, ya que - como ocurre con las personas jurídicas - la declaración de quiebra implica su extinción. Por lo tanto hablar de rehabilitación carece de todo sentido. Esto, como consecuencia de la especial naturaleza del fideicomiso como patrimonio de afectación diferente del patrimonio del fiduciante y del fiduciario.

[132] *Ibidem* y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica…, op.cit., p.312,
[133] ROUILLON, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y…, *op. cit.*, p.41.

Por otro lado, en su faz subjetiva, son derivaciones del principio en análisis las normas que prevén la carga de verificar de todos los acreedores que pretendan hacer valer sus créditos contra el fallido (arts. 32, 126 y 56 LCQ) como así también la prohibición de deducir o proseguir juicios de ejecución contra del deudor en concurso preventivo (arts. 21 LCQ) y contra el quebrado (art. 132 LCQ).

Siendo éstas derivaciones lógicas de la aplicabilidad del principio de universalidad propio de los procesos concursales, creemos que las mismas son igualmente válidas y necesarias a la hora de liquidar el patrimonio fideicomitido.

b) Unicidad

Es la consecuencia lógica de la universalidad, ya que para evitar la duplicidad de procesos, solo puede existir un único trámite de liquidación con respecto a un patrimonio en el territorio del país. Este principio se concreta a través de la designación de un juez único y del fuero de atracción.

c) Trato igualitario de los acreedores

Creemos que - al igual que la norma concursal - la liquidación del patrimonio fiduciario por insolvencia prevista CCCN tiene como norte el tratamiento igualitario de los acreedores, merced a que el "patrimonio es la prenda común de los acreedores" y con él se deben satisfacer las deudas que pesen sobre dicho patrimonio. En tal sentido entendemos que la liquidación del patrimonio fiduciario debe ejecutarse respetando el principio de tratamiento igualitario, en la medida en que se trate de créditos que se encuentren en iguales condiciones, es decir, respetando el orden de los privilegios establecidos por la LCQ, tal cual lo preveía ya el art. 16 de la LF.

La extensión del referido principio concursal al ámbito de la liquidación del fideicomiso se justifica a partir de la interpretación armónica del art. 1687 CCCN y el art. 16 de nuestra CN que garantiza la igualdad de todos los habitantes ante la ley.

Por ello sostenemos que el reconocimiento del principio concursal según el cual todos los créditos son tratados con igualdad, siempre que exista igualdad en las

condiciones de los mismos (*par conditio creditorum*) debe ser aplicado a los procedimientos de liquidación judicial.

De este modo, la distribución igualitaria en el marco de un patrimonio de afectación en crisis, evita que los primeros acreedores que tomen parte de ese patrimonio releguen a los restantes integrantes de la masa[134] .

Lógicamente habrá que estar a la jerarquía de los diferentes créditos, según los privilegios que insinúen los mismos (que se encuentran jerarquizados por la legislación concursal) y luego, salvado el orden de los privilegios, entre los acreedores que no disponen de ellos (quirografarios) no hay prelaciones derivadas de su premura en cautelar; en caso de insuficiencia del activo para satisfacer la totalidad de sus acreencias, el reparto del producto escaso se hace proporcionalmente o a prorrata. Ello significa que todos los acreedores iguales cobran igual o, desde otro ángulo, que todos soportan igual perdida[135].

Por ello creemos que este principio que regula la relación del deudor con los acreedores impidiendo que el primero otorgue ventajas a unos en perjuicio de los otros y, por otro lado, establece la relación de los acreedores entre sí, prohibiendo que se aventajen unos a otros dentro del concurso[136], debe ser extendido al ámbito de la liquidación del patrimonio fiduciario.

Adelantamos nuestro criterio, en cuanto entendemos que los acreedores "externos" tienen prioridad en el cobro frente aquellos cuyos créditos se encuentran previstos en el contrato (beneficiarios, fideicomisarios). Nos referimos a las deudas contraídas durante la ejecución del contrato con terceros que no participaron en el perfeccionamiento del mismo (acreedores laborales, prestadores de servicios, proveedores, etc.) y que por lo tanto no asumieron el riesgo empresario.

d) Inquisitoriedad relativa

Al sostener la aplicabilidad de la LCQ a la liquidación del patrimonio fideicomitido en crisis, asumimos que se trata de un procedimiento que no es regido completamente por

[134] FIGUEROA, Tomás Ise, "Cuasi concursabilidad de…", *op.cit.,* p.3.
[135] ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y..., op. cit.*, p.33.
[136] HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Abaco, Buenos Aires, 2000, t. I, p.231.

el sistema dispositivo propio de los procesos civiles bilaterales en los que la iniciativa se encuentra en cabeza de las partes y se debaten intereses privados y consecuentemente disponibles.

Creemos que en la liquidación del patrimonio fiduciario en crisis el juez debe asumir un rol protagónico, porque - tal como ocurre en los procesos concursales - se encuentran en juego intereses generales o públicos que, como tales, no son disponibles por las partes.

Claro que la inquisitoriedad no es absoluta, ya que hay algunos acreedores excluidos (art 104, 2da parte LCQ). El impulso de parte es necesario, principalmente a la hora de la verificación de créditos por los acreedores.

3. **Presupuesto objetivo para la liquidación. La noción de "insuficiencia**"

El art. 1687 del CCCN no ha modificado la expresión "insuficiencia de los bienes fideicomitidos" originalmente prevista en el art. 16 de la LF. Se trata del presupuesto objetivo de escasez de recursos para la aplicación del régimen de concurrencia de acreedores, cuya importancia radica en que , en virtud del mismo, el principio del "primero en el tiempo mejor en el derecho" cede frente al principio de la " *par conditio creditorum"* quitándole discrecionalidad al deudor en el manejo de su patrimonio[137].

Sobre tal expresión, la doctrina ha sostenido que la referencia a la "insuficiencia de los bienes fideicomitidos" luce imprecisa o incluso incorrecta, ya que en realidad la ley debió haberse referido a la "insuficiencia del patrimonio fideicomitido", incluyendo activos y pasivos, en una visión dinámica del mismo[138].

Frente a esta incertidumbre nos preguntamos: ¿Debe el fiduciario notificar a los acreedores y al fiduciante que el fideicomiso se encuentra en cesación de pagos? La norma no lo establece, aunque entendemos que lo razonable sería que sí. Pero, ¿Cuándo? y ¿Qué forma?

---

[137] MAYER, Mariano, "El fideicomiso ordinario frente a su propia quiebra", Revista Argentina de Derecho Empresario, IJ-LXVIII-209, en http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65209&print=1 (disponible el 29 – VIII -2015).
[138] *Ibidem*.

A raíz de este vacío normativo, la doctrina se ha planteado - ya durante la vigencia de la LF - si la situación de insuficiencia del patrimonio fideicomitido puede ser equiparada al estado de cesación de pagos descripto en la LCQ, que cuenta con un desarrollo jurisprudencial y doctrinario extenso y que pareciera ser un concepto lo suficientemente amplio para incluir a todos los supuestos de escasez.

En ese sentido, Lisoprawski ha dicho que el término "insuficiencia" se refiere a "la situación fáctica de impotencia patrimonial, en lugar de la inequívoca "cesación de pagos" que recepta la doctrina de la falencia. Sostuvo que si la insuficiencia no es un estado de "cesación de pagos", entonces cabe preguntarse: "¿Qué la caracteriza?, ¿Cómo se evidencia objetivamente?, ¿Cuándo debe declararse?, ¿Cómo se formaliza hacia el exterior? La LF nada dice al respecto"; por lo tanto, continúa el autor, debe asimilarse dicha insuficiencia "al estado de cesación de pagos o de insolvencia que recepta, como presupuesto objetivo, el régimen de la falencia (art. 1, LF). Si no, ¿Qué otra cosa sería...?"[139]

Nótese que la ley no aclara en qué casos un patrimonio de afectación será "insuficiente" y no exige la acreditación de ningún requisito por el fiduciario que será el encargado de determinar cómo y bajo qué condiciones requerir al juez la liquidación del patrimonio fiduciario.

Tampoco determina las características de un patrimonio insuficiente, la persona indicada para pedir la liquidación del mismo, ni cuáles son los supuestos que ponen en evidencia el estado de crisis.

Ciertamente la ley no se refiere al desequilibrio aritmético o contable donde el pasivo es mayor al activo, ya que esa situación estática no resulta definitoria del estado de cesación de pagos. Es bien sabido que puede darse la insolvencia aun cuando el activo sea sustancialmente superior al pasivo pero a la vez existe un estado de generalidad y

[139] LISOPRAWSKI, Silvio V., "El fideicomiso en crisis…", *op.cit.*, p.3.

permanencia que impiden cumplir regularmente con las obligaciones empleando medios corrientes[140].

Se ha sostenido también que se trata de insuficiencia del patrimonio y no de los bienes, considerando que la ley parte del error inicial de haber tomado a los bienes fideicomitidos como sujetos o materia de la insuficiencia, y no al patrimonio fiduciario que es que se revela como impotente o escaso[141].

De este modo, se conforma una hipótesis estática del desequilibrio, sin permitir una visión completa de patrimonio en sentido dinámico. El mismo autor referenciado expresa que "pareciera que la ley solo mira el activo cuantitativamente, al decir: …insuficiencia de los bienes… sin tener en cuenta, por ejemplo, la posibilidad de venta o realización de dichos bienes, cuestión tan importante en épocas de recesión y que apunta a la calidad o cualidad de los valores componentes de un activo. Tampoco ha tomado nota, por lo menos en su letra, de la conformación de las deudas u obligaciones, es decir del pasivo, pues muchísimas veces errores en el financiamiento han llevado a la ruina a patrimonios con bienes valiosísimos[142]".

Ahora bien, la cesación de pagos es definida en el art. 1 LCQ como el "presupuesto para la apertura del concurso preventivo". Luego el art. 78 LCQ (referido a la prueba de la cesación de pagos para la declaración de la quiebra) expresa: "El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generen". Finalmente el art.79 LCQ realiza una enumeración enunciativa de los hechos que revelan que un sujeto se encuentra en cesación de pagos: el reconocimiento judicial o extrajudicial del deudor, la mora en el cumplimiento de una obligación, la ocultación del deudor, la clausura de la sede de la administración o del establecimiento, la venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago, la revocación judicial de actos realizados en fraude a los acreedores, etc.

---

[140] LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso en el Código Civil y Comercial", La Ley, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril) , 510 , p. 15, cita *online:*, AR/DOC/1073/2015.

[141] JOULIA, Emilio Cesas, "Consecuencias y caminos…", *op. cit*, p. 1.

[142] *Ibidem*.

De este modo, la LCQ, se adhiere a la teoría amplia según la cual la cesación de pagos es un estado del patrimonio que se revela por hechos exteriores que el juez valora como indicios de la impotencia de ese patrimonio. Entre ellos el incumplimiento es solo un hecho revelador más, lo que indica que puede haber cesación de pagos sin incumplimiento[143].

Explica Rouillon que el verdadero estado de cesación de pagos se caracteriza por su generalidad y permanencia. La primera se refiere a la extensión del patrimonio (no al número de incumplimientos) debe tratarse de una afectación de toda la situación económica del deudor. La segunda se refiere a la extensión temporal de la crisis económica del patrimonio, no debe tratarse de un conflicto pasajero o de una mera iliquidez o ausencia eventual de fondos[144].

Contrariamente a la postura de la mayoría de la doctrina, Lorenzetti - al referirse a la problemática de la insolvencia del patrimonio fiduciario - considera que la "insuficiencia" es una relación económica que se establece entre el patrimonio fideicomitido y las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso; por lo tanto es un concepto más restringido que la cesación de pagos que relaciona el patrimonio con todas las deudas. En este caso solo se tendrá en cuenta una clase de deuda; no cuentan las obligaciones que no pesan sobre el patrimonio de afectación, sino sobre el fiduciario o fiduciante, ni otras obligaciones cuyos legitimados activos pueden ser el beneficiario o sus acreedores, como obligaciones que no han sido creadas para el funcionamiento del fideicomiso[145]".

Por nuestra parte, sostenemos que las disposiciones de la LCQ sobre el presupuesto objetivo de los procesos concursales son de aplicación pertinente a la liquidación del fideicomiso y que , por lo tanto, el fiduciario deberá demostrar que aquella "insuficiencia" de los bienes fideicomitidos constituye un estado general del patrimonio, de carácter permanente y cumplir con ciertos requisitos formales que acrediten su existencia: estados contables, libros, balances, documentación respaldatoria de las deudas reconocidas, etc.

---

[143] ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y…*, *op. cit.*, p. 47.
[144] ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y….*, *op. cit.*, p.49.
[145] LORENZETTI, Luis R., *Contratos…,op. cit.*, t. II, pp. 295- 316.

Con respecto al pedido de la liquidación del fideicomiso, en principio el mismo estará a cargo del fiduciario. Sin embargo, en caso de que el mismo omita iniciar el proceso liquidativo, consideramos que los acreedores (internos y externos)[146] estarían en condiciones de exigir la liquidación judicial, sin perjuicio de la acción de responsabilidad por incumplimiento del contrato que pudiera caberle al fiduciario.

4. **Fuero de atracción y publicidad**

Normalmente la crisis del patrimonio no será repentina, sino que seguramente los pasivos irán en aumento hasta ocasionar un incontrolable desequilibrio en el patrimonio neto. En ese momento, cuando las deudas exceden ampliamente la capacidad de pago del patrimonio de afectación, normalmente ya existen en trámite juicios ejecutivos, tal vez ya se subastaron algunos o todos los bienes integrantes del patrimonio fiduciario, o se trabaron medidas cautelares.

Según el caso, también es probable que todas las sentencias recaídas que atacan aquel patrimonio, tengan origen en diferentes fueros e incluso en distintas jurisdicciones.

Ante esta situación, la posibilidad de llevar a cabo una liquidación judicial o extrajudicial equitativa, luce casi imposible. Esto evidencia que el gran desafío de los fiduciarios es advertir la existencia del estado de insolvencia antes de agotarse el patrimonio de afectación y tomar las medidas adecuadas a fin de permitirle a la totalidad de los acreedores el cobro, por (lo menos a prorrata) de sus acreencias.

Creemos que la liquidación del fideicomiso ocasionará el fuero de atracción y que, por lo tanto, todas las acciones judiciales iniciadas en contra del fideicomiso, deberán radicarse ante el juez a cargo de la liquidación (art. 21 LCQ). La ejecución de las garantía reales (hipotecas y prendas) sobre bienes que correspondan al patrimonio fiduciario, se regirán por los arts. 126, párrafo 2° y 209 de la LCQ.

5. **Legitimados para pedir la liquidación**

[146] Llamamos acreedores internos a los que fueron determinados en el contrato como tales (fiduciante, beneficiarios y/o fideicomisarios) y externos todos los que se vinculan con el fideicomiso por una relación ajena al contrato por medio del cual se constituye (acreedores laborales, proveedores, prestadores de servicios, etc.)

Una de las críticas doctrinarias al art 16 de la LF se refería a los legitimados para pedir la liquidación del patrimonio fiduciario. En el régimen anterior, de naturaleza extracontractual y exclusivamente a cargo del fiduciario no cabía la posibilidad de que los acreedores instaran la liquidación de los bienes objeto del contrato de fideicomiso situación susceptible de generar arbitrariedades.

Con la reforma del Código y la incorporación de la aplicación de la LCQ (en lo que sea pertinente) a la liquidación del fideicomiso, entendemos que la discusión referida ha perdido vigencia puesto que resultaría aplicable el art. 77 LCQ.

Por lo tanto, la quiebra podrá ser declarada a pedido del fiduciario (inc. 3) o bien a pedido de los acreedores (inc. 2), éstos últimos son los que - sin ser parte del contrato - están vinculados crediticiamente con el patrimonio fideicomitido. Claramente, si con la reforma se hubiera incorporado al fideicomiso en el art. 2 de la LCQ, serían de indiscutible aplicación los supuestos de declaración de quiebra por fracaso del concurso preventivo previstos en el inc. 1 del art. 77 LCQ.

El fiduciario es el legitimado por excelencia, para pedir la declaración de la liquidación del fideicomiso, en el régimen actual. Al respecto, se ha dicho que es éste el encargado de poner en evidencia la insuficiencia, por su propia iniciativa o a requerimiento de las partes del contrato o de los acreedores[147]".

En cuanto a los recaudos con los cuales tiene que cumplir el fiduciario para pedir judicialmente la liquidación creemos que resultan de aplicación pertinente los incs. 2, 3, 4, 5 y 6 del art. 11 LCQ a fin de que el juez pueda evaluar la seriedad del pedido. Particularmente deberá acreditar el estado de cesación de pagos a partir de los hechos reveladores que exterioricen el mismo (arts. 78 y 79 LCQ).

Ates de requerir la liquidación del fideicomiso, el fiduciario deberá agotar los mecanismos previstos contractualmente y permitidos legalmente como la exigencia de aportes al fiduciante o beneficiarios. Siempre será aconsejable contar con la conformidad de los beneficiarios al momento de pedir la liquidación judicial, pues de esa forma atenuará

[147] LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso en el Código…", *op. cit.,* p. 16.

cualquier intento de hacerlo responsable ante una eventual imputación de negligencia si la liquidación arrojase resultados negativos[148].

Nótese otra inconsistencia del sistema: la previsiones contractuales que en el régimen anterior constituían una instancia de agotamiento obligatorio previo a la liquidación, luego de la reforma perdieron toda relevancia, ya que en caso de que un acreedor se presente y exija la liquidación, el juez - previa acreditación de los requisitos previstos por la LCQ para la declaración de quiebra - deberá abrir el proceso liquidativo a pesar de la posible existencia de previsiones contractuales en pos de evitar el mismo.

Dijimos que también los acreedores están en condiciones de requerir la liquidación del fideicomiso, pero en este supuesto debemos distinguir los distintos tipos de acreedores. En este orden de ideas, tratándose de los fiduciantes o beneficiarios que intervinieron en el contrato, creemos que éstos últimos intervendrán en el pedido de la liquidación siempre que el fiduciario no ejerza su obligación de pedir la liquidación del patrimonio insuficiente, sin justificación.

Por ello entendemos - siguiendo a Kiper y Lisoprawski[149]- que la acción en este caso supone la previa intimación al fiduciario a fin de que ponga en marcha los mecanismos previstos contractuales o legales para el supuesto de insolvencia que pueden servir para evitarla. Al pedir la liquidación, estos acreedores deberán acreditar la inacción injustificada del fiduciario y el estado de insuficiencia de los bienes.

Asimismo, también los acreedores del patrimonio fiduciario (a los que nos referimos como "acreedores externos") se encuentran legitimados para pedir la liquidación. Esta posibilidad resulta innegable por cuanto el art. 1679 CCCN permite a los "acreedores del patrimonio separado" - en el supuesto de que se produzca una causal de cese del fiduciario - requerir al juez la designación de un fiduciario judicial provisorio o bien las medidas de protección del patrimonio en caso que hubiera peligro en la demora. Existiendo esta disposición expresa no puede negarse la legitimación de los acreedores externos al contrato de fideicomiso para pedir la liquidación de éste último.

[148] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación…, op. cit., p.279.
[149] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op. cit.,* p.5.

En este caso, deberán acreditar la existencia, privilegio y exigibilidad de sus créditos, la negativa o ausencia frente a los reclamos efectuados y los hechos reveladores que den cuenta del estado de insuficiencia de los bienes (art. 78,80 y 83 LCQ). Asimismo, si el juez lo estima necesario podrá correr traslado al fiduciario a fin de decidir acerca de la viabilidad de la liquidación.

6. ¿Quién estará a cargo de la liquidación?

El nuevo Código dispuso la liquidación judicial del fideicomiso y expresamente estableció que la misma va a estar a cargo del juez competente. Modificó, de este modo, la ley anterior en la que se establecía que ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos la liquidación sería extrajudicial y que la misma estaría en manos del mismo fiduciario.

Ciertamente el fiduciario era la persona menos indicada para hacerse cargo de la liquidación, porque su responsabilidad se encuentra discutida. No resultaba coherente que quien llevó al fideicomiso al estado de insolvencia, sea la misma persona que se encargue de su liquidación. El fiduciario podría o no ser responsable de un obrar culposo o doloso en el cumplimiento del encargo, pero esto no resultaría del proceso de liquidación, sino de una investigación posterior. En caso de que se demuestre que el fiduciario actuó como un "mal hombre de negocios" deberá resarcir con sus propios bienes el daño ocasionado[150].

Coincidentemente con la doctrina actualmente imperante[151], creemos que - tal como lo indica la LCQ - quien oficie de liquidador requiere de especialización para determinar los pasivos, analizar registros contables y demás documentación, entender y dictaminar sobre la situación fiscal y previsional y para advertir sobre la existencia de actos realizados en fraude a los acreedores y que debieran objetos de acciones de recomposición patrimonial o sobre la responsabilidad del fiduciario. Por ello entendemos aplicables las disposiciones de la LCQ sobre la designación y actuación de los síndicos concursales los cuales, por su especialidad, son los más indicados para esta labor.

7. Verificación de los créditos en el proceso liquidativo

[150] LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso en el Código…", *op. cit.,* p.17.
[151] *Ibidem*.

Coincidiendo con la doctrina mayoritaria, consideramos aplicable a la liquidación del patrimonio fiduciario, el sistema de insinuación en el pasivo y periodo informativo de la LCQ.

Es necesario determinar un método eficiente de admisión de los acreedores que concurrirán a la liquidación del patrimonio. De otro modo el fiduciario no estaría en condiciones de llevar adelante la liquidación de manera equitativa, y mucho menos de mantener indemne su patrimonio ante los eventuales reclamos de acreedores disconformes o cuya presentación se efectúe en forma tardía. Tampoco podría, el fiduciario conocer en forma cierta el pasivo total a cubrir y por lo tanto la distribución a prorrata luego del pago de los acreedores privilegiados, se convertiría en una quimera.

En este orden de ideas, sostenemos que es necesario a la hora de iniciar la liquidación del fideicomiso, apelar a la utilización de un procedimiento de publicidad del proceso liquidatorio de llamamiento y reconocimiento de los acreedores del fideicomiso, análogo al sistema de verificación de créditos previsto en la LCQ.

Acreditado el estado de cesación de pagos, según lo dispuesto en el art. 86 LCQ, se decretará la liquidación, el juez adoptará las directivas del art. 88 LCQ, fijará la fecha hasta la cual se pueden presentar las solicitudes de verificación de créditos ante el liquidador y la de presentación de los informes individuales y general, respectivamente. Se abrirá así el periodo informativo en que todos los acreedores por causa o título anterior a la declaración de liquidación, deberán formular al liquidador el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios.

Creemos que el juez podrá determinar plazos más cortos que los previstos en la LCQ, si así lo considera por razones de economía procesal y de eficiencia. En este sentido ya nos pronunciamos sobre la necesidad de reformar el sistema concursal adecuándolo a las necesidades actuales, a la velocidad de la actividad comercial y a los nuevos sujetos susceptibles de someterse a las reglas del proceso concursal o falencial. No nos referimos solo al patrimonio fiduciario, sino también otros sujetos que irrumpieron en el ámbito concursal en los últimos años tales como los pequeños empresarios, los consumidores, etc.

En este orden de ideas, no existe motivo para apartarse de los célebres plenarios "Traslinea SA" y "Difry S.R.L" cuyo objetivo fue evitar las posibilidades de acuerdos fraudulentos entre el concursado y sus acreedores de favor. Esto con la finalidad de evitar el abultamiento del pasivo a verificar, impidiendo así que el resultado de la liquidación termine en manos de prestanombres[152].

La doctrina mayoritaria entiende que también resulta de aplicación el periodo informativo, es decir el art. 200 LCQ, reiterando el esquema procedimental contenido en los arts. 32 a 40 de la misma ley, en cuanto a las facultades de información del liquidador, la formación de legajos correspondientes a los acreedores que soliciten verificación de créditos, el periodo de observación y su mecánica , y por último el informe individual (art. 35) y general (art. 40) de la citada ley .

Luego, el juez deberá resolver acerca de la procedencia y alcances de las solicitudes formuladas por los acreedores (art. 36). El crédito o privilegio no observados por el liquidador, el fiduciario o los acreedores, es declarado verificado, si el juez lo estima procedente. Cuando existan observaciones, el juez resolverá si declara admisible o inadmisible el crédito o privilegio.

Asimismo, la doctrina considera aplicable el art. 37 LCQ, referido a los efectos de la resolución judicial, y el art. 125 LCQ con respecto a los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes.

Los acreedores con hipoteca o prenda, por ejemplo, pueden reclamar en cualquier momento el pago mediante la realización de la cosa sobe la que recae el privilegio, previa comprobación de sus títulos en la forma indicada por el art. 209, sin necesidad de verificar previamente.

a) Pasivo computable para determinar la insuficiencia

La redacción actual de la norma no aclara qué acreedores conformarán el pasivo a computar, tampoco la LCQ tiene especificaciones con respecto a los acreedores que surgen del contrato de fideicomiso, ya que no contempla a éste último como sujeto concursable.

[152] *Idem,* p. 18.

Al respecto, antes de la reforma del código, parte de la doctrina[153] ha divido a los acreedores en:

- **Acreedores externos:** son los contractuales o extracontractuales cuyos créditos fueron generados como consecuencia de la ejecución del fideicomiso (acreedores laborales, proveedores, prestadores de servicios, etc.).

- **Acreedores Internos:** son beneficiarios o fideicomisarios que tienen derecho a participar en el resultado del fideicomiso según una estipulación contractual. Es el caso de los beneficiarios tenedores de títulos de deuda en el caso del fideicomiso financiero.

Esta distinción entre distintos tipos de acreedores plantea la necesidad de determinar quiénes tienen prioridad para cobrar en la liquidación del fideicomiso. Para algunos deben prevalecer los acreedores externos sobre los internos[154] .

En idéntico sentido Carregal considera que primero deberán percibir sus acreencias los acreedores del fideicomiso, ya que el interés del beneficiario del fideicomiso está subordinado al pago de las obligaciones contraídas por el fiduciario en la ejecución del fideicomiso, "porque el beneficio podrá otorgarse solo sobre el saldo de las cuentas fiduciarias una vez cancelados los pasivos[155]".

Para otro sector de la doctrina tanto los acreedores internos como los externos deben ser considerados en pie de igualdad. En este sentido, expresa Lisoprawski que "la normativa del CCCN no da ningún tratamiento especial por esa sola calidad, ya sea para mejorar su posición o para relegarlos frente a acreedores del patrimonio fiduciario que no son partes como aquellos. Salvo que el mismo contrato establezca una subordinación de las partes para - por ejemplo - mejorar el perfil de crédito de los terceros o bien resulte de subordinaciones establecidas convencionalmente con alguno o todos los acreedores, no vemos una expresión en la ley que nos oriente respecto de un derecho mejor o - a la inversa

[153] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación…, op. cit., p.193.
[154] HAYZUZ, Jorge R., *Fideicomiso*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 211-212 y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La contabilidad del fideicomiso y la insuficiencia del patrimonio fideicomitido", Errepar, Doctrina societaria y concursal, Octubre de 2011, t. XXIII, p. 1047.
[155] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación…, op. cit., p.193.

- una postergación del derecho de los beneficiario y/o fideicomisarios respecto de aquellos[156].".

Conjuntamente con la primera postura creemos que lo dispuesto por el art. 16 de la LF (que establecía expresamente la aplicación del orden de privilegios de la LCQ a la liquidación del fideicomiso) y el art. 1687 del CCCN (que reconoce la aplicación de la LCQ en lo que resulte pertinente) nos hacen suponer que, ante la liquidación del patrimonio fiduciario, corresponde otorgar prioridad en el cobro a los acreedores del fideicomiso (externos) y que entre ellos la liquidación debe llevarse a cabo respetando los privilegios establecidos para las quiebras.

Esta afirmación es confirmada a partir de la interpretación armónica del actual art. 1687 CCCN. Nótese, en primer lugar que el citado art., al referirse a la posibilidad de que el patrimonio fideicomitido resulte insuficiente, propone como primera opción que el fiduciante y beneficiario le provean al fideicomiso de los recursos necesarios para afrontar la crisis. En este orden de ideas no tendría sentido que el beneficiario obligado a aportar luego quite parte de lo ya puesto.

Sostiene Favier Dubois que tampoco tendría sentido la estipulación sobre el pago *"*según el orden de privilegios previstos para la quiebra*"* si entre los beneficiarios y fideicomisarios no existen preferencias.

Luego, si interpretamos la reglamentación para el fideicomiso ordinario en conjunto con la del fideicomiso financiero, notamos que en este último supuesto, la ley solo legitima a los tenedores de títulos de deuda (acreedores externos) para para actuar ante la insuficiencia, no dice nada sobre los tenedores de títulos de participación (acreedores internos).

A partir de este análisis concluimos que los acreedores internos no pueden computarse para considerar insuficiente el patrimonio fideicomitido, en tanto no son

[156] LISOPRAWSKI, Silvio V., "El fideicomiso en crisis. Insuficiencia…", *op. cit.,* pp. 6 -7.

acreedores sino participes de los resultados del negocio, si aplicamos el principio de esencialidad[157].

Solo en caso de existir un remanente, luego de pagar a los acreedores del fideicomiso, los beneficiarios y fideicomisarios (fideicomiso ordinario) o los tenedores de certificados de participación (fideicomiso financiero) tendrán derecho a participar de la liquidación.

Lo propio ocurre en la liquidación societaria, ya que en este proceso el interés de los socios o accionistas (dueños del negocio como los beneficiarios y fideicomisarios) quedan pospuestos a la satisfacción del interés de los acreedores.

Entendemos que esta es la solución más justa, ya que los acreedores internos asumieron el riesgo del negocio, lo que los convierte en acreedores subordinados.

b) El supuesto del fideicomiso de garantía

Se ha definido al fideicomiso de garantía como "el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquel o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria[158]".

La constitución de un fideicomiso de este tipo significa extraer del patrimonio del fiduciante un bien determinado, quien conserva sin embargo un activo por el mismo valor. Es decir que la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien destinada a garantizar el pago de una obligación propia no empobrece en principio al fiduciante ni enriquece al acreedor, sino que determina la eventual afectación del bien a un proceso de ejecución contractualmente regulado, tal como si se tratase de una hipoteca o una prenda[159].

---

[157] FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La contabilidad del fideicomiso…",*op. cit.,* p. 1047.

[158] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V, *Teoría y práctica del fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 1.

[159] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación…, op. cit., p. 298.

Se trata de un mecanismo ejecución de garantía que hasta la modificación del código no se encontraba regulada ni en la LCQ ni en la LF. Fue el CCCN, a través del art. 1680, el que recogió legislativamente el consenso doctrinario[160] y jurisprudencial[161] acerca de la licitud de la fiducia con finalidad de garantía, especie implícitamente existente en la ley derogada, cuestionada por una doctrina minoritaria[162].

Con respecto a su naturaleza jurídica, parte de la doctrina cree que el fideicomiso de garantía tiene una naturaleza mixta (garantía real y personal). Sin embargo siguiendo a Carregal[163] creemos que, siendo que el patrimonio de afectación se constituye por contrato y que el acreedor carece de derecho alguno directo sobre los bienes fideicomitidos, se trata de una garantía de carácter personal de origen contractual otorgada por el fiduciario, limitando su responsabilidad como garante a los bienes que constituyen su patrimonio separado.

La problemática en torno al fideicomiso de garantía tiene que ver con la tendencia actual de "desjudicializar" la ejecución colectiva. Se trata del avance de la autonomía de la voluntad sobre la materia del estado de cesación de pagos[164] y tiene su mayor desarrollo en el contexto de la situación de insolvencia del constituyente del fideicomiso (fiduciante).

Hay quienes han sostenido que se trata de la garantía auto liquidable por excelencia, tendiente en un futuro no muy lejano a reemplazar a la hipoteca, sin embargo estamos con quienes analizan la conveniencia de la constitución de un fideicomiso según el caso del que se trate, considerando que las defensas de un deudor que ha otorgado garantía fiduciaria son infinitas (a diferencia de las defensas en cabeza del deudor hipotecario) y que

[160] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de…, op. cit.,* p. 463.
[161] Entre otros: "Trenes de Buenos Aires S.A. s/ Concurso preventivo", CNac. Com. Sala D, 9/9/2008.
[162] Entre otros PERALTA MARISCAL, Leopoldo, "Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nueva reflexiones sobre su licitud"., La Ley 2001- E, 1025; "¿Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!", La Ley, 2000- D- 975; "El negocio fiduciario con fines exclusivos de garantía como acto jurídico ineficaz", Revista de Derecho privado y Comunitario, 2001 – 3- 241, Rubinzal Culzoni; "Fideicomiso sí; de garantía no", La Ley, 2001- B- 978, cit. por KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio., "Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 125, p.8, cita *online:* AR/ DOC/3836/2014.
[163] CARREGAL, Mario A. en *Tratado de Fideicomiso,* Directores GOTLIB, Gabriel, CARREGAL, Mario A. y VAQUERO, Fernando M., La Ley, Buenos Aires, 2013, t. II, p.387.
[164] ESPARZA, Gustavo y GAMES, Luis María, "El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra", El Derecho, 194-1014, p.2.

consecuentemente cualquier controversia que se suscite en deberá dirimirse en un juicio ordinario, con las demoras propias del mismo[165].

Uno de los mayores interrogantes tiene que ver con la verificación de créditos del beneficiario (acreedor) en el concurso o quiebra del fiduciante.

Parte de la doctrina entiende que el beneficiario está obligado a verificar su crédito en el concurso del fiduciante atento a que existe obligación de verificar que nace de la accesoriedad. Argumentan que el fideicomiso de garantía sólo se justifica y tiene efectos mientras exista una obligación principal en el pasivo del deudor fiduciante, por lo que resulta necesario que el deudor (beneficiario) concurra al concurso de éste a verificar su crédito[166].

Al entregar el deudor al fiduciario un bien con la finalidad de garantizar una obligación, el fideicomiso se convierte en accesorio de una obligación principal y como tal sigue la suerte de la segunda.

Para quienes opinan de éste modo, el crédito del beneficiario debe solicitarse con el carácter de quirografario y condicional, ya que no existe una preferencia distinta a los privilegios expresamente enumerados en la LCQ (art. 241) y porque el hecho de que exista una garantía fiduciaria para la satisfacción de la obligación principal determina que el interés del acreedor-beneficiario se limite a aquello que exceda esa garantía. Por ello la verificación debe ser condicional, para el caso de insuficiencia de la garantía, sin derecho a voto[167].

Al respecto expresa Truffat que a través del fideicomiso de garantía se consigue la ficción legal de que "algo sea y no sea al mismo tiempo", porque quien paga no es el fiduciante-concursado, dado que el bien está en cabeza de un tercero (fiduciario), pero tal

[165] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de…, op. cit.,* p.465.
[166] ESPARZA, Gustavo y GAMES, Luis María, "El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra", El Derecho, 194-1014., FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Concurso preventivo vs. fideicomiso de garantía, Los problemas de validez, oponibilidad y novación conforme un reciente fallo", Errepar, Doctrina societaria y concursal, N° 255, febrero 2009, t. XXI, p. 158.
[167] FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "El contrato de fideicomiso frente al régimen concursal: cuestiones generales y particulares", ERREPAR, Doctrina societaria y concursal, mayo de 2012, t. XXIV, p.4.

tercero cumple en realidad la encomienda que el primero le hizo y con los bienes de éste[168].

Refiere el citado autor que "aunque en puridad técnica pueda sostenerse que el acreedor-beneficiario no tiene un "deber" de verificar, es imposible que no se reconozca que - como cualquier incumplidor de una carga legal - se somete a varios riesgos si no atiende las previsiones del sistema normativo[169]".

Sobre la necesidad de que el beneficiario verifique su crédito en el concurso del fiduciario se ha dicho que "… si por un lado estamos de acuerdo en que el acreedor que es beneficiario de un contrato de fideicomiso no ve alterado su derecho a ejecutar el fideicomiso y cobrar en los términos originarios sus créditos por el solo hecho de que su deudor se encuentre en concurso preventivo o quiebra, cabe preguntarse la razón por la cual, por otro lado, sostenemos que igualmente debe verificar su acreencia en el concurso. Ello es así, en resguardo de por lo menos tres intereses en juego: a) el interés del acreedor particular: pues ante la insuficiencia del fideicomiso, este acreedor podría intentar cobrar la diferencia en moneda de concurso o quiebra. b) El interés del deudor: pues ante el pago de su crédito en los términos del acuerdo homologado o por medio de la distribución de fondos en la quiebra, el acreedor podrá renunciar expresamente - no tácitamente - a la garantía proveniente del fideicomiso, situación improbable pero no prohibida. Pero, lo más importante es que si el crédito principal es verificado por un monto inferior al valor de los bienes fideicomitidos, la diferencia, una vez satisfecho íntegramente aquel crédito, reingresará al patrimonio del deudor, puesto que en este tipo de contratos el fiduciante es generalmente el fideicomisario (art. 26 LF[170]); c) En interés de la masa de acreedores: pues ante la posibilidad de que el juez concursal declare inexistente o ilegitimo el crédito principal de este acreedor, o lo verifique por un monto menor al pretendido ya no podrá ejecutar el fideicomiso y cobrar en su totalidad el crédito originario garantizado con él. Es que el pronunciamiento judicial dictado en el concurso equivale a una sentencia definitiva del crédito principal ya que la resolución verificatoria de los créditos, ya sea dictada en la

[168] TRUFFAT, E. Daniel, "Palabras en Homenaje al Dr. Enrique M. Butty, Jurisconcursal", Año II, Nro. 5, mayo de 2007, p.5.
[169] *Ibidem*.
[170] Actualmente art. 1698 CCCN.

oportunidad prevista por el art. 36 de la LCQ o por cualquiera de las restantes vías atípicas de inclusión en el pasivo (art. 280, 21 inc.1[171], 16 de la LCQ), se efectúa un análisis causal y no meramente formal del crédito.

En consecuencia, si el crédito principal garantizado por el fideicomiso se declara ilegitimo o inexistente o se lo reconoce por un monto menor al insinuado y fijado en el contrato, esta sentencia sin dudas tendrá efectos sobre la forma de ejecución de la garantía que posee cierto grado de accesoriedad a su respecto[172]".

Kiper y Lisoprawski, en cambio consideran que, desde la perspectiva del deudor, la ventaja del fideicomiso de garantía consiste en que los bienes fideicomitidos, en cabeza del fiduciario de garantía quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores de aquel y que tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, salvo por acción de fraude.

En definitiva en el concurso o quiebra del fiduciante, el acreedor garantizado puede perseguir directamente el cobro de su crédito contra el patrimonio separado del fiduciario garante, sin necesidad de verificar en el pasivo concursal, o bien hacerlo informando al concurso los pagos recibidos del fiduciario[173].

A su vez, Heredia sostiene que - en el contexto donde el bien fideicomitido se aparta del patrimonio del deudor fiduciante, salvo fraude (art.14 LF[174]) - surge como consecuencia que, en caso de concursamiento de este último, el acreedor beneficiario no deberá verificar su crédito en el proceso respectivo, ni rendir cuentas en el mismo en caso de remanente no judicial, tal como si sería exigible para acreedores con garantías reales[175].

Esta última postura, a la que adherimos, ha sido recepcionada por la jurisprudencia. Así las cosas, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Comercial, por

---

[171] Esta remisión quedó desactualizada por imperio de la ley 26.086.

[172] RAISBERG, Claudia, "El fideicomiso en garantía frente al concurso", La Ley 2006-C, p. 1240, cit. por TRUFFAT, E. Daniel, "Palabras en Homenaje al Dr. Enrique M. Butty", Jurisconcursal, Año II, Nro. 5, mayo de 2007.

[173] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V, *Teoría y práctica…*, *op. cit.*, p. 15.

[174] Actualmente art. 1686 CCCN.

[175] HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de…, op. cit.,* t. 1 p. 677.

sentencia de fecha 9/09/2008 emitida en los autos *"Trenes d Buenos Aires S.A. s/ Concurso preventivo s/ incidente de apelación"* fijó las siguientes pautas:

- El deudor fiduciante debe denunciar frente al concurso al fideicomiso de garantía en tanto le puede corresponder una acción de reembolso.
- El fiduciario también debe denunciar la existencia del contrato.
- El beneficiario no debe verificar su crédito y solo resulta necesario denunciar la garantía fiduciaria a título informativo, pero nunca en calidad de privilegio o preferencia, porque se trata de una garantía que afecta un activo ajeno al patrimonio del concursado.
- Deja en claro la inexistencia de privilegio: el acreedor con fiducia de garantía goza de pago preferencia sobre los demás acreedores del deudor, no en virtud de un privilegio sobre la cosa, sino simplemente porque los bienes no están en el patrimonio del deudor, sino en el patrimonio separado del fiduciario.

Este fallo convalidó la legitimidad y la validez del fideicomiso de garantía tan cuestionado en ese momento por parte de la doctrina.

Coincidentemente creemos que los acreedores del fiduciante no pueden agredir el patrimonio fideicomitido. Por lo tanto el fideicomiso de garantía constituido estando *in bonis* el fiduciante es absolutamente oponible a los acreedores del mismo y consecuentemente, en caso de concurso de éste último ni los beneficiarios ni el fiduciario están obligados a presentarse a verificar, ni resulta de aplicación la LCQ.

Lógicamente, si el fideicomiso fue constituido al solo efecto de perjudicar a los acreedores del fiduciante, separando los bienes de su patrimonio, los acreedores tendrán numerosas defensas a su alcance: las acciones de ineficacia concursal (art. 118 y 119 LCQ) para el caso que el fideicomiso se hubiera constituido durante el periodo de sospecha, la acción de simulación (art. 333 CCCN) y la acción pauliana (art. 338 y s.s. CCCN).

8. Conservación y administración

El liquidador deberá adoptar y realizar las medidas necesarias para la conservación y administración de los bienes fideicomitidos. Debe tomar posesión de ellos bajo inventario (art. 179LCQ). Con la finalidad de conservar y administrar eficientemente los bienes, puede requerir autorización judicial para realizar los contratos que resulten necesarios (art. 185 LCQ), como por ejemplo contratos de locación, de seguros, etc. También necesitará autorización del juez para transigir, otorgar quitas, esperas, novaciones o comprometer en árbitros (art. 182 LCQ).

Puede - sin autorización judicial - requerir medidas conservatorias judiciales y practicar las extrajudiciales en defensa de los intereses de la liquidación.

Asimismo, el liquidador debe procurar el cobro de los créditos a favor del fideicomiso o bien iniciar los juicios necesarios para su percepción. Podrá, conforme lo dispone el art. 183 LCQ disponer de los fondos de la liquidación para su colocación en cuentas que quedan devengar intereses en bancos o instituciones de créditos oficiales o privadas de primera línea[176].

9. Desapoderamiento

A pesar de que se trata de una cuestión cuya pertinencia con respecto a la liquidación del fideicomiso se encuentra discutida, consideramos que las disposiciones sobre el desapoderamiento son aplicables a la liquidación del patrimonio fiduciario. En este supuesto, decretada la liquidación, el fiduciario quedaría desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes en el patrimonio de afectación del cual es titular a la fecha de la sentencia de liquidación.

Advertimos que, atento que después de la reforma, la liquidación ya no se encuentra a cargo del fiduciario, ya no existe impedimento para pretender la no aplicación de las disposiciones de la LCQ sobre el desapoderamiento a la liquidación del patrimonio fiduciario.

Se trata de un supuesto similar a los patrimonios especiales incorporados en el segundo párrafo del art. 2 de la LCQ. Si el patrimonio del fallecido (mientras se mantenga

[176] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del…", *op. cit.,* p.7.

separado del patrimonio de sus sucesores) o los bienes existentes en el país de propiedad de un deudor extranjero son objeto de desapoderamiento, no comprendemos porqué motivo no podrían serlo los bienes del patrimonio fideicomitido.

Se trata de una disposición de la LCQ que también luce pertinente por cuanto tiene fines conservatorios y sirve para asegurar la garantía común de los acreedores a partir de la declaración de quiebra. Desde este momento el fiduciario perderá la posibilidad de ejercer los derechos de administración y disposición de sus bienes. Luego desposesión e incautación de los bienes ocurrirán posteriormente como una consecuencia del desapoderamiento[177].

El desapoderamiento se extenderá a todos los bienes actuales presentes en el patrimonio del fallido a la fecha de la sentencia de quiebra, mas todos los bienes futuros que ingresen a dicho patrimonio, por cualquier título de adquisición (oneroso, gratuito, mortis causa, etc.) y todos los bienes del fiduciario que ingresaren después de la liquidación con motivo de las acciones de recomposición patrimonial del derecho común o de alguna de las ineficacias falenciales[178].

Atento a que el fiduciario no pudo cumplir con el mandato encomendado, puesto que los bienes afectados al fideicomiso resultaron ser insuficientes, creemos que no podría hablarse de rehabilitación, ya que la liquidación ocasionaría la extinción del fideicomiso que en la realidad opera del mismo modo que las personas jurídicas. Por tal motivo creemos que este supuesto (la liquidación del patrimonio fideicomitido por insuficiencia de los bienes) debió haber sido incorporado en el art. 1697 CCCN referido a las causales de extinción del fideicomiso.

10. Acciones de recomposición patrimonial

a) Incorporación del régimen de ineficacias a la liquidación del patrimonio fiduciario. Período de sospecha y efectos sobre los actos perjudiciales a los acreedores

[177] ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos ..., op. cit.*, p. 218.
[178] *Ibidem*.

Antes de la reforma, la doctrina entendía que el sistema previsto en los arts. 115 a 124 LCQ, es decir las disposiciones referidas al periodo de sospecha y régimen de ineficacias concursales resultaba inaplicable a la liquidación del patrimonio fiduciario con fundamento en que el estado de cesación de pagos que precede a la quiebra incide sobre las relaciones jurídicas contraídas por el deudor en un periodo anterior a la sentencia de falencia, por lo tanto, ante la prohibición de quebrar establecida para el patrimonio fideicomitido, esta solución se encontraba vedada.

En este sentido, Molina Sandoval (durante la vigencia del régimen del art. 16 de la LF) opinaba que la determinación de la fecha inicial de la cesación de pagos (periodo de sospecha) no era aplicable al proceso de liquidación judicial del patrimonio fiduciario insuficiente. Sostenía que "ante la ausencia total de una remisión a la LCQ no puede concebirse nunca tal aplicación. Por otro lado, aun cuando se entendiese que la ley falimentaria se aplica por analogía (art.16 CC), la misma no podría aplicar un mecanismo tan severo como el régimen de ineficacia falencial[179]".

Al respecto advertimos que en los escasos antecedentes de procesos de liquidación judicial de fideicomisos, los juzgados que intervinieron no ordenaron establecer la fecha inicial de cesación de pagos, ni los actos susceptibles de revocatoria[180].

Sin embargo, se han modificado sustancialmente las circunstancias en virtud de las cuales se pronunciaron tanto la doctrina como la jurisprudencia anteriores a la reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial.

En este orden de ideas, el art. 1687 CCCN remite expresamente a la LCQ, la cual se aplica en todo cuanto resulte pertinente a la liquidación del fideicomiso. Sin perjuicio de ello el art. 1686 del CCCN incorpora - en el marco de la liquidación del patrimonio fiduciario - en forma expresa, la posibilidad de que los creedores interpongan acciones de ineficacia concursal en caso de fraude. En tal sentido la norma referida establece que "los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores

[179] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica…, op. cit., p.327.
[180] "Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación Judicial" CNac.Com., Sala E, 15/12/2010 y "Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96", JNac. Com. N°34 14/02/2012.

del fiduciario, tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal (…)*"*

Sobre el Proyecto de Reforma se dijo que "(…) la reforma ha incorporado la acción de ineficacia concursal, regulada expresamente por la ley de concursos, en consecuencia, resultan de aplicación operativa en el caso de que finalmente se apruebe el Código Civil y Comercial Unificado- las normas atinentes a la revocabilidad de aquellos actos que podrían ser judicialmente calificados como ineficaces, ya sea de pleno derecho o por conocimiento de terceros, que hayan tenido lugar durante el período de sospecha[181]"

Opinan Kiper y Lisoprawski que este régimen va a posibilitar una vía de recomposición más eficiente que la revocatoria ordinaria para el fraude, que además puede coexistir sin ningún inconveniente con las ineficacias concursales, tal como ocurre en la LCQ. Sin embargo agregan que es innegable que la reforma, en este sentido, introduciría un factor de incertidumbre que antes no existía[182].

Si la jurisprudencia entendiera que no es pertinente la aplicación del régimen específico de las ineficacias concursales en la liquidación del fideicomiso, los acreedores tendrían únicamente a su alcance la acción de simulación y la revocatoria ordinaria (acción pauliana) que actualmente se encuentra regulada en el art. 338 del CCCN.

Nosotros entendemos que luego de la reforma que incorpora a las acciones de ineficacia concursal en forma expresa en el marco de la liquidación del fideicomiso, no hay motivos para negar la aplicabilidad al supuesto en análisis, de los arts. 115-124 LCQ referidos al período de sospecha y efectos sobre los actos perjudiciales a los acreedores.

b) El sistema de ineficacias concursales de la LCQ

El sistema de inoponibilidad, ahora de indiscutible aplicabilidad a la liquidación del patrimonio fiduciario en crisis, opera mediante la retroacción de los efectos de la quiebra a los actos realizados por el deudor durante el período de sospecha, privándole de efectos con relación a los acreedores en la medida en que les hayan causado perjuicio.

[181] PAPA, Rodolfo G., "La regulación del fideicomiso en el proyecto de Código Civil", Errepar, Compendio jurídico, Diciembre 2012, t. LXIX, p. 53.
[182] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op. cit.*, p. 10.

Por ello podemos sostener que los requisitos para la operatividad de este sistema son: a) quiebra decretada (liquidación en el caso en análisis); b) fijación de la fecha estimativa de la cesación de pagos; d) realización por el deudor de los actos previstos en el art 118 y 119 LCQ dentro del período de sospecha, y e) el perjuicio a acreedores sin necesidad de que se configure el fraude.

Como ya advirtiéramos, la ley concursal prevé dos clases de ineficacias: de pleno derecho y por conocimiento del estado de cesación de pagos. Ambas se aplican únicamente en la quiebra liquidativa porque son medios de recomposición del activo falencial liquidable con miras al incremento del producto repartible[183].

En este orden de ideas, si el fiduciante constituye el fideicomiso durante el periodo de sospecha, el acto podría ser declarado inoponible a los acreedores. Cabe aclarar que el acto ineficaz, no es un acto nulo, es un acto valido entre las partes contratantes, pero ineficaz con respecto a los acreedores quienes atraerán los bienes fideicomitidos a la quiebra, para su posterior realización y pago de créditos.

Las acciones de recomposición patrimonial previstas en el régimen concursal podrán declarar la ineficacia del acto de pleno derecho (art.118 LCQ) en caso de que la trasmisión fiduciaria fuera realizada durante el período de sospecha e implicara una trasmisión a título gratuito.

Interesa en este supuesto, determinar la gratuidad u onerosidad del fideicomiso, lo que no debe analizarse desde el punto de vista de la trasmisión de los bienes, pues siempre es fiduciaria - ni onerosa ni gratuita - sino considerando el negocio contractual *in totum* y sus consecuencias, teniendo en cuenta si el fiduciante recibe o no una contraprestación a cambio, ya sea al momento de la constitución, durante o al concluir el mismo, esta tesis - a la que adherimos - le corresponde a Carregal[184].

Coincidimos con la postura, según la cual, en caso de no existir contraprestación, ni siquiera mediata una vez concluida el fideicomiso (vgr. bienes cuyo destino final no es el patrimonio del deudor, no coincidiendo fiduciante y beneficiario o fideicomisario), los

[183] ROUILLON, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y…, op. cit., p.228.
[184] GRAZIABALE, Darío J., "Insolvencia y…", *op. cit.,* p. 4.

bienes fideicomitidos o su valor equivalente, deben reingresar al patrimonio del deudor fallido (fiduciante)[185]. Esto significa, que si el destino final de los bienes es regresar al propio fiduciante, no estaríamos en presencia de una trasmisión fiduciaria gratuita, sino asimilable a una operación a título oneroso que por lo tanto no podría ser declarada ineficaz de oficio.

Así las cosas, según lo dispuesto por el art. 118 LCQ, podrían ser declarados ineficaces de pleno derecho los fideicomisos de garantía celebrados luego de la fecha de cesación de pagos, cuando amparen una obligación no vencida que originalmente no tenía aquella preferencia, ya que en estos casos la sustracción de bienes del patrimonio del fiduciante para ser incorporados al fideicomiso puede equipararse a los casos de hipoteca, prenda o cualquier otra preferencia (art. 118 LCQ)[186].

Sin embargo si un fideicomiso de esta naturaleza se ha celebrado fuera del período de sospecha, no hay razón alguna para desbaratar un mecanismo cuya finalidad ha sido asegurar el repago de la financiación otorgada para la ejecución de un proyecto.

La jurisprudencia, incluso antes de la reforma, se ha pronunciado al respecto de la declaración de ineficacia de pleno derecho del fideicomiso. Así, por ejemplo, en los autos caratulados: "Chacras del Mar S.A. s/ Quiebra[187]" se declaró ineficaz un fideicomiso de administración arbitrado como maniobra de vaciamiento de la fallida.

Con respecto a los hechos que dieron origen al caso, cabe remarcar que en el año 2003 y 2004 Chacras del Mar S.A. comenzó a desarrollar un ambicioso proyecto inmobiliario en Villa Gesell, sobre un inmueble de propiedad de la firma. Que en el año 2009 - cuando la sociedad ya atravesaba graves problemas financieros - ya se habían vendido todas las unidades, a pesar de que aún el emprendimiento no tenía aprobada la subdivisión de las parcelas comercializadas.

Que en estas circunstancias, Chacras S.A. constituyó en calidad de fiduciante (beneficiario aportante de la propiedad, junto a otra persona física también como fiduciante

[185] PAPA, Rodolfo G., "Insolvencia del fideicomiso. Liquidación del patrimonio fiduciario. Exclusión de la aplicación de la legislación concursal" . Errepar, marzo de 2013, t. XXV, p.1.
[186] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación a…, op. cit., p.287.
[187] CNCom. Sala F, "Chacras del Mar S.A. s/ Quiebra" (Expte.: 091414), 12/07/2012.

beneficiario) un fideicomiso de administración. En el referido contrato designaron a una persona física como fiduciario a quien le transmitieron la propiedad de todas las tierras, siendo la finalidad del encargo obtener la subdivisión en parcelas aptas para ser escrituradas individualmente. Para ello Chacras (luego fallida) , se comprometió además a efectuar los aportes necesarios para concretar la subdivisión, y para afrontar el mantenimiento y conservación del emprendimiento, previéndose en caso de mora no solo el cumplimiento compulsivo de la obligación con sus intereses, sino también la exclusión de Chacras como fiduciantes - beneficiario moroso. Con respecto al otro fiduciante, en el contrato se indicó que éste había entregado con anterioridad el dinero necesario para la adquisición de las unidades que le fueron asignadas[188].

De la causa judicial se desprende que los adquirentes de las unidades nunca fueron notificados de la constitución del fideicomiso y que declarada la quiebra, numerosos acreedores presentaron su pedido de verificación requiriendo la escrituración de lotes a sindicatura, manifestando ser adquirentes de buena fe por boletos de compraventa y poseedores pacíficos de los lotes indivisos. Muchos de ellos obtuvieron la verificación de sus créditos con carácter condicional dado la falta de subdivisión y la existencia del fideicomiso.

En este marco factico, la Cámara confirmo el pronunciamiento de grado que declaró la ineficacia de pleno derecho del fideicomiso de administración de la propiedad que transmitiera una desarrolladora inmobiliaria en pleno periodo de sospecha.

Sostiene el tribunal que "resulta inequívoco para esta Sala que la constitución del fideicomiso ha importado para la fallida la asunción de las principales obligaciones contractuales generándosele mayores desventajas patrimoniales a las hasta ese momento imperantes sin que pueda avizorarse para su parte y como contrapartida de tal agravamiento de su compromiso económico, un beneficio equivalente, siquiera futuro". Con ello quiso significar que a los efectos de lo dispuesto por el art 118 inc.1 de la LCQ, la existencia de una liberalidad extrema (por ejemplo una donación) no sería necesaria para que proceda la revocatoria.

[188] LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso de administración. Revocatoria concursal de pleno derecho", La Ley 2012-F, 341, p. 1, cita *online:* AR/DOC/5597/2012.

También se dijo que "el fideicomiso constituye un negocio complejo en el cual la propiedad de los bienes fideicomitidos no se transmite al fiduciario a título gratuito u oneroso, sino a título de confianza para el cumplimiento del encargo".

De este modo, la Cámara considera que, a los efectos de determinar si la celebración del fideicomiso en cuestión constituyó un acto a título gratuito que importó una merma patrimonial, debe apreciarse el negocio en su conjunto[189].

En el mismo sentido, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió, en los autos "Fliudmec S.A. s/ quiebra s/ incidente de ineficacia concursal[190]", declarar la ineficacia de pleno derecho de un contrato de fideicomiso de garantía celebrado el 30 de julio de 1999 en los términos del art 118 LCQ[191]. En este caso, el tribunal entendió que "la constitución de garantía fiduciaria dentro del periodo de sospecha celebrado un año después del contrato de mutuo original, torna la situación encuadrable dentro de la norma citada", es decir que la Sala aplica el inciso tercero del art 118[192].

Al respecto coincidimos con quienes afirman que la estructura fiduciaria no puede, bajo ningún punto de vista, constituir un vehículo para soslayar las previsiones del art. 118 LCQ, ya que los actos gratuitos son indefendibles en caso de insolvencia[193].

Por otro lado, el art. 119 LCQ dispone que "Los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor". La norma presume el perjuicio y establece que es el tercero quien debe probar la inexistencia del perjuicio al acreedor reclamante. Asimismo fija la competencia para entender en la acción de ineficacia: el juez de la quiebra; el tipo de proceso: ordinario (salvo que las partes opten por hacerlo por incidente); y los requisitos

[189] BARREIRO, Marcelo G. y TRUFFAT, E. Daniel, "Fideicomiso e ineficacia", ponencia en la Jornada de Derecho Financiero y Bancario preparatoria del II Congreso Nacional de Derecho Bancario, 4 y 5 de octubre de 2012, Complejo La Plaza.
[190] CNCom. Sala B, "Fliudmec S.A. s/ quiebra s/ incidente de ineficacia concursal", 15/11/2011.
[191] *Ibidem*.
[192] *Ibidem*.
[193] *Ibidem*.

para la interposición de la acción: debe ser ejercida por el síndico previa autorización de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible.

La acción no requiere del pago de tributo previo (el que se pagará por quien resulte vencido) constituyendo la tasa de justicia un crédito de los previstos en el art. 240 LCQ.

Asimismo, coincidimos con Carregal en cuanto a los efectos de solicitar la ineficacia del acto es suficiente el conocimiento del estado de cesación de pagos por el fiduciario o el beneficiario, que es la contraparte del deudor en el negocio subyacente. Sostiene el citado doctrinario que en el caso del fiduciario, éste no obraría con la lealtad de un buen hombre de negocios si aceptase la disposición de un bien conociendo el estado de cesación de pagos de quien lo transfiere. En este caso si la parte contratante con el fiduciario en el negocio subyacente (beneficiario) ignorase el estado de cesación de pagos de éste, el fiduciario debería hacerse responsable de los daños y perjuicios que le fueran ocasionados por la reticencia del fiduciario, violando su deber de lealtad. Por otro lado, el beneficiario que conociera del estado de cesación de pagos, estaría celebrando un acto que de ser perjudicial a los acreedores no podría quedar convalidado como ineficaz por la circunstancia de que el fiduciario fuese ignorante del estado de insolvencia del fiduciante al momento del otorgamiento del contrato[194].

Debe tenerse presente que la prueba del conocimiento del estado de cesación de pagos por el fiduciario o beneficiario constituye una presunción *iuris tantum* de fraude en perjuicio de la masa de acreedores, requisito éste fundamental para la procedencia de la acción de ineficacia.

En definitiva, las dos acciones de ineficacia analizadas (de pleno derecho o por conocimiento de estado de cesación de pagos), requieren para su interposición que el acto cuestionado hubiera ocasionado un perjuicio a los acreedores y que el mismo hubiera sido perfeccionado durante el periodo de sospecha.

Si la constitución del fideicomiso tuviera lugar fuera del periodo de sospecha, es de plena aplicación el art. 1686 CCCN que establece que los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciante. De este modo los

[194]CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: teoría y aplicación a…, op. cit., p.288.

bienes en fiducia se mantienen fuera de la quiebra y sólo podrán ser atacados a través de la acciones de simulación o revocatoria pauliana.

Sin embargo, si la finalidad determinante de la trasmisión fiduciaria ha dejado de existir (por ejemplo por el vencimiento del plazo) los bienes del fideicomiso se incorporan al patrimonio del fiduciante o beneficiario fallidos, operará el desapoderamiento, pasando a integrar el activo de la quiebra.

c) Sentencias y recursos

Proponer que el fideicomiso sea incluido en el art 2 LCQ implica como consecuencia lógica la aplicación de todo el régimen de esta norma (incluido el del concurso preventivo) al caso de la insolvencia del patrimonio fideicomitido. Sin embargo dada la regulación actual, es preciso determinar si los recursos y las resoluciones previstas en el marco del procedimiento concursal en sentido amplio son igualmente aplicables la liquidación dispuesta en el art. 1687 del CCCN.

Todo dependerá de la interpretación que los jueces realicen de cada caso concreto. Claramente, el mayor conflicto reside en la aplicación de las normas del concurso preventivo a la liquidación del patrimonio fiduciario. Nada dice el art. 1687 CCCN al respecto de este asunto, sin embargo - como ya vimos - la mayoría de la doctrina antes de la reforma se pronunciaba a favor de la imposibilidad de concursar al patrimonio fiduciario. Postura que creemos debe ser repensada luego de que se resolviera la judicialización de la liquidación y se dejara al fideicomiso sin posibilidad alguna de salvataje en caso de crisis.

Hablamos ya sobre la posibilidad de que los jueces resuelvan la inconstitucionalidad de la prohibición de quebrar (y con ello de concursarse), en este caso no existiría impedimento para aplicar el art. 14 LCQ (resolución de apertura del concurso preventivo) y todas las resoluciones previstas en el marco del concurso preventivo tales como: resolución sobre la procedencia y alcances de los pedidos de insinuación de los acreedores (art. 36), declaración de la quiebra en caso de no obtención de las conformidades (art. 46) sentencia de apertura de un registro en caso de inexistencia de acuerdo (art. 48); resolución sobre la existencia de acuerdo (art. 49), sentencia de homologación de la

propuesta de acuerdo preventivo (art. 52), declaración de quiebra por nulidad del acuerdo preventivo (arts. 60 y 61), sentencia de quiebra ante la falta de cumplimiento del acuerdo (arts. 63), sentencia de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial (art. 72).

Entendemos que - incluso si los jueces interpretan la norma en el sentido de impedir la posibilidad de que el patrimonio fiduciario se concurse - igualmente todo lo referido a la verificación de los créditos para el concurso preventivo y la quiebra es pertinente y aplicable a los acreedores que pretendan insinuarse en la liquidación del patrimonio fiduciario.

En este sentido, el juez deberá pronunciarse sobre los créditos que se presentaran ante el síndico/ liquidador designado conforme lo dispuesto en el art 36 LCQ. Asimismo, contra la sentencia que decidiera la admisibilidad o inadmisibilidad de un crédito tanto los acreedores como el liquidador (sindico) e incluso el mismo fiduciario podrán interponer recurso de revisión, según lo dispuesto por el art.37 (según párrafo) LCQ.

Por otro lado - atento a que el proceso falencial tiene el mismo objetivo que el proceso liquidativo propuesto por el art. 1687 CCCN: la liquidación de los activos para cancelar pasivos - creemos que las resoluciones y recursos previstos por la LCQ en el marco del proceso falencial son de indudable aplicación a la liquidación del patrimonio fideicomitido.

De este modo, el juez deberá declarar la liquidación (ya sea que la pida el mismo fiduciario, el fiduciante, los beneficiarios, fideicomisarios o acreedores) de acuerdo a lo dispuesto en el art. 88 LCQ. Creemos igualmente que el fiduciario podrá interponer recurso de reposición (art. 94 y 95 LCQ) en caso de inexistencia de los requisitos sustanciales para la declaración de quiebra y que también podrá requerir el levantamiento sin tramite del pedido de liquidación efectuado por un tercero, mediante el deposito en pago, o a embargo de los créditos con cuyo incumplimiento se acreditó la cesación de pagos, con más sus accesorios (art. 96).

El juez de la liquidación tendrá que determinar - mediante resolución - la fecha inicial de la cesación de pagos a los fines de poder delimitar el período de sospecha (art. 115). Asimismo deberá pronunciarse, cuando resulte necesario, sobre la continuación de

los contratos con prestaciones reciprocas pendientes (art. 144) y sobre la continuación excepcional de la explotación cuando fuera conveniente de acuerdo a los estrictos parámetros del art. 190 LCQ[195]. Este supuesto resultará de probable aplicación para el caso de los fideicomisos agropecuarios.

Con respecto al proceso de liquidación y distribución de bienes, el juez deberá decidir sobre la forma de enajenación de los bienes (art. 205, 207,208, 213, 214 LCQ), resolverá sobre el informe final de liquidación y distribución de bienes (art. 218), sobre las posteriores distribuciones complementarias(art. 222), decidirá la conclusión de la quiebra por avenimiento (art. 225) o pago total (art. 228) o bien clausurará el procedimiento por distribución final (art. 230) o por falta de activos (art. 232). Podrá decidir también la remoción del síndico/ liquidador según lo dispuesto en el art. 255 y regulará honorarios también aplicando el régimen de la LCQ (arts. 265-271).

11. Efectos generales sobre relaciones jurídicas preexistentes

a) Obligaciones no vencidas. Caducidad de los plazos

Antes de la reforma se discutía si resultaba de aplicación el art. 512 del CC que establecía que el deudor constituido en insolvencia no podía reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación. O bien si los acreedores podían considerar vencidos los plazos de sus obligaciones en virtud del art. 753 CC[196]. En definitiva, se intentaba justificar la aplicación analógica del art. 128 de la LCQ para considerar vencidas "de pleno derecho" las obligaciones del fallido pendientes de plazo.

Esta solución tenía como inconveniente la determinación de la fecha en que se consideraba operada la insolvencia del fideicomiso.

Luego de la reforma entendemos que la discusión perdió vigencia, por cuanto se aplicaría - como norma pertinente a la liquidación del patrimonio fideicomitido - el art. 128 LCQ según la cual las obligaciones pendientes de plazo se consideran vencidas de pleno derecho a la fecha de la sentencia de liquidación del fideicomiso.

[195] ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y…, op. cit* , p..302.
[196] Art.753 C.Com.: El acreedor puede exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores.

Es fundamental la cristalización del pasivo o de los créditos individuamente considerados (art. 129 LCQ), es decir la suspensión del curso de los intereses de todo tipo a la fecha de la declaración de liquidación. Esta norma resulta funcional a los fines de la liquidación del patrimonio fiduciario donde se supone que los bienes a liquidar serán escasos en relación a la posibilidad de satisfacer todos los créditos y sus accesorios.

Asimismo, la doctrina[197] entiende aplicable el art. 130 LCQ: imposibilidad de compensar cuando no se ha operado antes de la liquidación.

b) Suspensión de los intereses

Antes de la reforma se presentaban interrogantes con respecto a la posibilidad de suspender el curso de los intereses y se apelaba a normas ajenas al sistema concursal para justificar esta solución lo que generaba grandes inconsistencias. La doctrina se preguntaba entonces (a fin de proceder a suspensión de los intereses) exactamente en qué fecha se consideraría que se ha producido la insolvencia del fideicomiso y si podría el fiduciario realizar o adelantar pagos.

A partir de la vigencia del art. 1687 del CCCN, entendemos - junto con la doctrina imperante - que se aplica el art.129 LCQ, ya que resulta fundamental la cristalización del pasivo o de los créditos individualmente considerados, es decir la suspensión del curso de todo tipo de intereses al momento de la declaración de la liquidación.

En este mismo sentido, Kiper y Lisoprawski sostienen que *"*la cristalización se aplica a la liquidación del patrimonio fiduciario porque es absolutamente funcional a sus fines y supone que los bienes a liquidar serán escasos en relación a la posibilidad de satisfacer todos los créditos y sus accesorios[198]".

Asimismo, los citados autores entienden que, para ser coherentes con el ordenamiento, deben aplicarse también las disposiciones incorporadas en el segundo párrafo del art. 129: "(…) los compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos amparados por garantías reales pueden ser percibidos hasta el

[197] LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso en el Código…" *op. cit.,* p.18.
[198] *Ibidem*.

límite del producido del bien gravado después de pagadas las costas, los intereses preferidos anteriores a la liquidación y el capital[199]".

c) Bienes de propiedad de terceros

Claramente, también resultan pertinentes los arts. 138 y 188 LCQ según los cuales los terceros titulares de bienes entregados al fiduciario no destinados a transferir el dominio pueden solicitar la restitución, antes de que hubieran sido enajenados.

Asimismo, se aplicarán los arts. 139, 140 y 141 LCQ cuando se trate de bienes por título destinado a transferir el dominio y por lo tanto los acreedores podrán readquirir la posesión en los términos de las normas citadas.

d) Acciones judiciales iniciadas en contra del fiduciario

Entendemos que la liquidación provocará el fuero de atracción debiendo radicarse ante el juez a cargo de ella. La ejecución de las garantías reales (vgr. hipotecas, prendas) sobre bienes que corresponden al patrimonio fiduciario se rige por los arts. 126 (segundo párrafo) y 209 de la LCQ. Por otro lado, el liquidador está legitimado para ejercer los derechos emergentes de las relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el fiduciario antes de la liquidación del patrimonio fideicomitido (art. 142 LCQ).

12. Efectos sobre ciertas relaciones jurídicas en particular

a) Efectos sobre los contratos

Son de aplicación pertinente las disposiciones de los arts. 143 y 144 LCQ con respecto al trámite de continuación de los contratos en curso de ejecución o con prestaciones reciprocas pendientes.

Asimismo, entendemos que la liquidación resuelve entre otros contratos los de ejecución continuada, los normativos, y los mandatos (art. 147 LCQ)[200]. Por lo tanto, si el fiduciario hubiera otorgado poderes, el decreto de liquidación debería ocasionar la caducidad automática de los mismos. Sobre este tema, Kiper y Lisoprawski opinan que no

[199] *Ibidem*.
[200] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op. cit.,* p.1.

hay una diferencia sustancial entre la situación del fallido y las razones por las que se produce ese efecto extintivo, pero que aquel efecto, que es característico de la quiebra requerirá de decisiones jurisprudenciales que lo convaliden[201].

Creemos que debe aplicarse al supuesto en análisis el art. 154 LCQ, en consecuencia los seguros de contratos por daños patrimoniales continuaran después de la liquidación y el asegurador será acreedor de la liquidación por el total de la prima impaga.

b) Boletos de compraventa

Este supuesto resulta relevante sobre todo en los fideicomisos inmobiliarios. Por lo tanto, a los contratos que fueron otorgados a favor de adquirentes de buena fe, resultará aplicable el art.146 de la LCQ, es decir que estos instrumentos serán oponibles a la liquidación, siempre y cuando el comprador hubiera abonado el 25% del precio, cualquiera sea el destino del inmueble.

La hipótesis más frecuente será la de los beneficiarios de un fideicomiso inmobiliario con característica "asociativa", que efectuaron aportes para adquirir una unidad en un emprendimiento[202]. En estos casos no existe un boleto de compraventa, sino que se trata de una relación personal que vincula al beneficiario y al fideicomisario con el fideicomiso. En coincidencia con Lisoprawski[203], pensamos que esa relación personal y el objeto de la obligación hacen asimilable la situación al supuesto del art. 146 LCQ citado. Por lo tanto estaríamos en condiciones de aplicar el art. 159 LCQ que establece que: "En las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado del concurso y el interés general".

En aquellos casos en los que las obras avanzadas que estuvieran en condiciones de ser escrituradas, el juez deberá disponer que se otorgue al comprador o al beneficiario o

---

[201] *Ibidem*.

[202] LISOPRAWSKI, Silvio, "Fideicomiso de construcción al costo", La Ley 2011-F, 1055, p. 2, cita *online:* AR/DOC/5697/2011.

[203] LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso en el Código…", *op. cit.,* p. 2.

fideicomisario, la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente.

c) Efectos personales del concurso y de la quiebra

Sostenemos que en la liquidación del patrimonio fideicomitido no se le aplican al fiduciario los efectos personales de la quiebra, que se traducen en limitaciones a la libertad personal del fallido, tal como ocurre con el patrimonio de una persona fallecida (art. 2 LCQ).

Se trata limitaciones cuyos efectos están dirigidos al fallido y no directamente a proteger derechos de los acreedores. Justamente por ello entendemos que la no aplicación de las mismas al fiduciario no es susceptible de ocasionar ningún perjuicio, máxime si consideramos que éste actúa, como administrador de un "patrimonio ajeno[204]", ajustándose estrictamente a las instrucciones impartidas por el fiduciante y plasmadas en el contrato.

Entre estos efectos personales previstos mayormente en el art. 238 LCQ, encontramos la cooperación del fallido, la limitación a la libertad de salida del país, intercepción de correspondencia y las limitaciones para el ejercicio de ciertas actividades conjugadas con la inhabilitación que produce la quiebra[205].

Salvo la obligación que lógicamente se encontrará a cargo del fiduciario de cooperar con el proceso de liquidación en todo lo que el juez estime necesario, creemos las disposiciones de la ley concursal sobre los efectos personales de la quiebra, son las únicas que no resultan pertinentes a la liquidación del patrimonio fiduciario, ya que atento a la naturaleza del fideicomiso que es un patrimonio de afectación, no puede considerarse al fiduciario como fallido.

Nos encontramos frente a la liquidación del patrimonio fideicomitido y no frente a la quiebra del patrimonio propio (no fideicomitido) del fiduciario, justamente por el efecto de la separación de los bienes que supone el fideicomiso. Desde esta óptica entendemos

[204] HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de…, op. cit.,* t. III p. 842.
[205] GRAZIABILE, Darío J., "Inhabilitación falencial", La Ley 2006-F, 1240, p.1, cita *online:* AR/DOC/3580/2006.

que no le corresponde al fiduciario en su carácter de titular de un patrimonio que no es el suyo personal, cargar con las consecuencias negativas de la quiebra que implican la perdida de crédito y la noción moral de indignidad.

Se pone en evidencia aquí la consecuencia de la bifrontalidad que caracteriza al fideicomiso de la que hablan Kiper y Lisoprawski.

Estas pocas excepciones a la aplicabilidad de la LCQ a la liquidación del patrimonio fiduciario, tienen su razón en virtud de la naturaleza del fideicomiso y no justifican la exclusión de este último del sistema concursal, porque si bien es cierto que el fideicomiso no es más que un contrato, a través del mismo se constituye un patrimonio especial, un patrimonio de afectación, el cual creemos que si es susceptible de ser un sujeto concursable.

Desde este punto de vista, podría equipararse el fideicomiso al supuesto del patrimonio del fallecido que constituye un sujeto concursable en los términos de la LCQ (a pesar de que no es una persona de las descriptas en el primer párrafo del art. 2 LCQ), siendo que tampoco a éste se le aplican los efectos personales de la quiebra por lógicas razones.

Eso significa que no corresponde imponer al fiduciario la restricción de salida del país ni las inhabilitaciones personales propias del proceso falencial (arts. 234 a 238 LCQ), tales como la prohibición de ejercer el comercio, la de ser administrador, gerente, sindico liquidador o fundador de sociedades, mutuales asociaciones y fundaciones o la de integrar sociedades.

La que proponemos, entonces es una solución similar a la que traía el art 41 de la ley 11.719[206] que establecía la posibilidad - en caso de rechazo o no homologación del concordato y siempre que el deudor sea de buena fe - de que el juez disponga (por auto motivado) la liquidación de los bienes del deudor sin declarar la quiebra de éste último, aplicándose "y solo respecto de los bienes, las demás disposiciones de la ley que rigen los

[206] Régimen General de Quiebra, publicada el 30/09/1933, modificada por las leyes N°19.550, 19.551 y 24.522.

efectos de la quiebra declara[207]". En esta lógica se sostuvo que "se trata de una verdadera liquidación por quiebra, pues todas las disposiciones de la ley respecto a los bienes, se aplican y solo se exceptúan aquellas de carácter personal. Al declarar el juez la liquidación judicial, se produce la rehabilitación automática del deudor, pues - repetimos - no existen sanciones personales[208]".

De este modo, el deudor (fiduciario-titular del patrimonio fideicomitido) sufriría el efecto del desapoderamiento de todos sus bienes presentes pertenecientes al fideicomiso, pues ésta es una medida de carácter patrimonial que - según el texto de la ley - de que todas las normas de la ley de quiebra respecto de los bienes se aplicarán[209].Se trata de la aplicabilidad de las normas falenciales al patrimonio fiduciario en crisis, únicamente en lo que respecta a los bienes.

Creemos que hubiera sido ésta la opción más adecuada a la hora de la reforma del art 16 de la LF: incluir al fideicomiso como sujeto concursable, dejando a salvo los efectos personales de la quiebra.

Esta postura nos obliga a aclarar la diferencia que justifica la no aplicación de los efectos personales de la LCQ al fiduciario y si a los a los administradores de las sociedades. Al respecto consideramos que se trata de supuestos esencialmente diferentes. Ambos presentan estructuras organizativas distintas, mientas la sociedad se constituye para desarrollar un emprendimiento a largo plazo, normalmente el fideicomiso tiene en vista un proyecto o emprendimiento concreto, a cuyo término el contrato se extingue.

Al respecto se ha dicho que el fideicomiso reviste el estatus de ser un vehículo no corporativo que no posee personalidad jurídica propia (excepto a los fines fiscales) y que actúa a través de un fiduciario, como su representante legal, que no posee órganos, a diferencia de la sociedad. Además los bienes que integran el fideicomiso deben ser

[207] Art. 41 Ley 11.719.
[208] LOZA, Eufracio R., La ley de quiebras N° 11.719, comentada, concordada y anotada, Zavalía, Buenos Aires 1970, p.152.
[209] Idibem.

registrados necesariamente a nombre del fiduciario, mientras que los bienes de la sociedad se registran a nombre de la misma, no de sus administradores[210].

En un contrato de fideicomiso el fiduciante imparte al fiduciario instrucciones claras y precisas al respecto de cómo cumplir con la manda impartida: le entrega cierta cantidad de bienes para que los administre, los invierta o los entregue a cierta persona de determinada manera. El fiduciario entonces, cumplirá su cometido en la medida que se ajuste a lo que el contrato dispone que es su deber, siempre que se desempeñe en el marco de la buena fe como un "buen hombre de negocios" y que no hubiera incurrido en ninguna de supuesto de responsabilidad por incumplimiento contractual o por la comisión de un delito en la administración del patrimonio fiduciario.

Por ello creemos que el fracaso del fideicomiso administrado de este modo no puede serle imputable al fiduciario. De lo contrario, si extendiéramos los efectos personales de la quiebra al fiduciario que no cumplió con el objetivo fijado en el contrato a pesar de haber obrado de buena fe y según las instrucciones dadas por el fiduciante, nadie aceptaría ser fiduciario.

Podríamos decir que las facultades del fiduciario se encuentran recortadas, tanto por la finalidad del contrato, como por las que se expresen e el contrato de fideicomiso en pos de la obtención de dicha finalidad.[211] Al respecto de la administración del patrimonio fideicomitido se dijo que es "… facultad y carga al mismo tiempo, porque el manejo, conservación y natural explotación económica del bien depende, en buena parte, del adecuado cumplimiento de la voluntad de fideicomitente…"[212] y que "el fiduciario tendrá todas aquellas facultades que sean necesarias para el cumplimiento de la finalidad encomendada, aunque ninguna más que las que sean necesarias para tal efecto"[213]. De este modo vemos que el fiduciario cumple un rol muy similar al del gestor.

---

[210] PAPA, Rodolfo G., "Fideicomiso. Formas jurídicas de organización alternativas a la constitución de un fideicomiso. Sociedad Comercial. Sociedad Civil. Diferencias entre un fideicomiso y una sociedad comercial", Errepar, julio de 2013, t. XXV,p.1.

[211] GONZÁLEZ, Angel M., "Analogía entre la responsabilidad del administrador societario y del fiduciario de un contrato de fideicomiso", Errepar, Febrero de 2011, t. XXIII, p. 6.

[212] *Ibidem*.

[213] *Idem,* p. 7.

Por el contrario, los administradores y los órganos de administración son seleccionados por la sociedad para que, tomen decisiones, y administren una empresa según sus conocimientos profesionales y técnicos sobre una materia. Si bien también deben ajustarse a las instrucciones impartidas por los socios y al contrato social, tienen normalmente un ámbito de acción y un margen de discrecionalidad mucho más amplio que el fiduciario. No son simples gestores o mandatarios, por el contrario, toman decisiones y ejecutan órdenes en nombre de la sociedad y en función de sus conocimientos profesionales dentro de un esquema de administración que pretende continuidad en el tiempo.

d) Avenimiento

Sostiene Kiper y Lisoprawski que, aun en la liquidación judicial no hay razón sustancial para negar la posibilidad de un avenimiento en los términos del art. 226 y ccds. LCQ, para concluir con ese estado, permitiendo que el fideicomiso continúe con un destino diferente[214].

e) Liquidación del patrimonio y distribución de los bienes

La anterior regulación establecía que "el fiduciario debía enajenar los bienes que integren el patrimonio fideicomitido", sin más precisiones. No estaba claro el proceso de liquidación, ya que la norma no detallaba ni plazos ni requisitos. Al respecto la doctrina sostuvo que "restringir la liquidación a una única alternativa es un despropósito porque no siempre puede ser la vía más conveniente a los intereses en juego[215]"

Ante este vació legal tanto la jurisprudencia como la doctrina procedieron - incluso antes de la reforma - a aplicar el sistema liquidativo distributivo de la LCQ. Creemos que actualmente no caben dudas en cuanto a la aplicabilidad de los arts. 203 a 218 de la LCQ a la liquidación del patrimonio fiduciario.

En este sentido, se aplicará el art. 204 según el cual la realización de los bienes debe hacerse en la forma más conveniente al concurso. La regla será la enajenación del emprendimiento como unidad y sólo en caso de que ésta resulte inconveniente, se

[214] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op. cit.,* p.3.
[215] LISOPRAWSKI, Silvio V., "El fideicomiso en crisis…", *op. cit.,* p.4.

procederá a la realización individual de los bienes que componen el patrimonio. La enajenación tendrá lugar después de la declaración de la liquidación y se llevará a cabo según la especie de bienes que conforman el patrimonio.

Diez días después de aprobada la última enajenación el liquidador debe presentar un informe en dos ejemplares que contenga: a) la rendición de cuentas de las operaciones realizadas, acompañando sus comprobantes, b) el resultado de la realización de los bienes, con detalle del producido de cada uno, c) la enumeración de los bienes que no se hayan podido enajenar, de los créditos no cobrados y de los que se encuentran pendiente de demanda judicial, d) el proyecto de distribución final, con arreglo a verificación y graduación y previendo las reservas necesarias.(arts. 218).

Una vez presentado el informe final, el juez deberá regular los honorarios del liquidador y de los letrados que lo asistieran a éste últimos y al fiduciario.

La doctrina discute si los honorarios deben regularse conforme las pautas de la LCQ (arts. 265 a 272) o según las disposiciones de las leyes locales sobre regulación de letrados y profesionales en ciencias económicas. Probablemente éstas últimas resulten más favorables a los profesionales, sin embargo tratándose de un proceso de liquidación de bienes insuficientes para afrontar la totalidad de las obligaciones contraídas por el fiduciario, entendemos que son de aplicación pertinentes las normas de la LCQ.

f) Créditos laborales

Creemos que la remisión expresa del art 1687 a la LCQ implica la aplicación de las disposiciones referidas a los créditos laborales de esta última norma a la liquidación del fideicomiso. Por lo tanto, si el fideicomiso tuviera contratos de trabajo a su cargo procedería lo previsto en el art. 196 LCQ y consecuentemente los acreedores, deberán verificar sus créditos conforme lo dispuesto por los arts. 241 inc. 2 y 246 inc. 1[216].

Por otro lado no podría pensarse en un procedimiento de liquidación coactiva en donde no se velare por la protección del trabajador, porque de lo contrario se violaría la igualdad

[216] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio…", *op. cit.,* p.12.

ante la ley y el principio protectorio del trabajador (arts. 16 y 14 Bis de la CN)[217]. Consecuentemente creemos que será también aplicable el pronto pago (arts. 16 y 183 LCQ), entonces el liquidador deberá proceder al pago de estos créditos si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del liquidador se deberá afectar el 3% mensual del ingreso bruto de la concursada. En el mismo sentido opina la doctrina mayoritaria[218].

g) Pago preferente. Gastos de conservación y justicia

También en coincidencia con la doctrina mayoritaria[219], sostenemos que en la liquidación del patrimonio fiduciario resultan igualmente operativos los pagos preferentes de los llamados "gastos de conservación, administración, y liquidación" (art. 241 inc. 1 LCQ) y "gastos de conservación y justicia" (art. 240 LCQ). Estos créditos se encuentran individualizados a lo largo de varios artículos de la LCQ (138 in fine, 154, 182, 192, 198, 273 inc. 8)

Esta solución se vincula con la preservación de los bienes sujetos a liquidación y a la viabilidad económica del proceso de liquidación. Su atención resulta, en definitiva, en beneficio de todos los acreedores. Su misma condición de preferencia respecto de los demás créditos postergados únicamente por los privilegiados especiales, y las circunstancias de que no deban esperar a la distribución general de los bienes liquidados demuestra su importancia.

h) Privilegios

Si bien el art. 1687 CCCN suprimió de su texto la aplicación del orden de privilegios de la LCQ. Debe entenderse que la vigencia de los principios que en esta materia informan al régimen concursal siguen siendo actuales y que se encuentran incluidos como norma pertinente.

---

[217] CIMA, Eduardo, "Cuestiones procedimentales controvertidas en torno a la liquidación del patrimonio fideicomitido. Innovaciones establecidas en el Código Civil y Comercial", VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia 7,8 y 9 de septiembre, Villa Giardino, Córdoba, Argentina.
[218] LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso en el Código…", *op. cit.,* p.20.
[219] *Ibidem*.

Por lo tanto deberá observarse la prelación impuesta por los arts. 239 a 250 y ccds. LCQ y serán de aplicación los principios de "autosuficiencia" (arts. 239 primer párrafo LCQ) y de "legalidad". Es decir que los privilegios nacen solo de la ley. La interpretación sobre su existencia deber ser de carácter restrictivo, no pudiendo el juez determinar la existencia de un privilegio por analogía; y en caso de duda debe estarse por la existencia del mismo. Como principio, el privilegio cubre solo el capital salvo las excepciones dispuestas expresamente en la LCQ.

i) Reglas procesales

La mayoría de la doctrina también ha considerado "pertinentes" por ser compatibles con el proceso de liquidación del patrimonio fiduciario, las prescripciones contenidas en los arts. 273 a 287 LCQ referida a las reglas procesales aplicables en los procesos concursales[220].

j) Continuación de la explotación

Puede ocurrir que el emprendimiento cuyo patrimonio se ha decidido liquidar, se encuentre en pleno desarrollo productivo o que aun pueda generar recursos en favor de la masa. Un claro ejemplo de este supuesto sería el de los fideicomisos de explotación agrícola. Según el estadio en que se halle el mismo el liquidador podrá gestionar la terminación del ciclo productivo, lo que puede significar - por ejemplo - levantar o comercializar una cosecha. Dada una circunstancia similar a la descripta y siempre que el resultado beneficie a la masa, serán de aplicación los arts. 189 a 195 LCQ.

k) Clausura del procedimiento

Se aplican también los arts. 230 y 231 de la LCQ. De este modo, realizado el activo y practicada la distribución final, el juez resolverá la clausura del procedimiento. Pasados dos años desde la resolución que dispone la clausura del procedimiento sin que se reabra el juez puede disponer la conclusión de la liquidación. En el supuesto de falta de activo deberá disponerse la clausura del proceso por esa causal (art. 232 LCQ) con las

[220] *Ibidem*.

consecuencias que prevé el art. 233LCQ: presunción de fraude y comunicación a la justicia penal[221].

[221] *Ibidem*.

CAPITULO QUINTO: INCONSISTENCIAS DEL SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO PREVISTO EN EL ART. 1687 CCCN.

1. Extensión de la quiebra

Al respecto de la posibilidad de sancionar conductas abusivas fraudulentas cometidas por un fideicomiso con la extensión de la quiebra, según lo dispuesto en el art. 161 LCQ, existen diferentes opiniones.

Games y Esparza sostienen que, "en principio las extensiones de la quiebra solo se dan entre sujetos jurídicos (personas físicas o personas jurídicas), no entre un objeto de derecho como es el patrimonio, y un sujeto. Pero dado el carácter sancionatorio de la extensión de la quiebra y forzando quizá los textos legales, podríamos decir que de darse los presupuestos de ley (art. 161 LCQ), eventualmente sería viable[222]".

Pero esta es la posición de la minoría, siendo la mayoritaria la que rechaza esta postura en cuanto afirma que permitir la extensión de la quiebra al patrimonio fideicomitido es *contra legem* (ya que los bienes están exentos de la acción colectiva de los acreedores del fiduciario y del fiduciante y no admite la declaración de quiebra), y que la extensión de la quiebra pasaría en todo caso por la extensión de la quiebra al sujeto que reviste el carácter de fiduciario, pero no en condición de tal[223].

Con respecto a este asunto, mantenemos la posición desarrollada a lo largo de este trabajo, en cuanto consideramos que la prohibición de quebrar debió haber sido eliminada de la norma vigente que regula la materia, ya que la misma - dada la regulación vigente - genera situaciones de desigualdad e incongruencias con el ordenamiento jurídico que justificarían (según cada caso concreto) la declaración de la inconstitucionalidad de la misma.

Particularmente hay dos situaciones que respaldan nuestra postura y que ponen en evidencia la incongruencia del sistema actual: la imposibilidad de extender la quiebra al

---

[222] GAMES Luis M., ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y…, op. cit.*, p.40.

[223] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V, *Teoría y práctica…*, *op. cit.,* p.67, cit. por MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica…, op. cit.,* p.301.

fideicomiso de acciones que ejerció control abusivo sobre la fallida y la imposibilidad de extender la quiebra al patrimonio fideicomitido cuando este último se encuentra confundidos inescindiblemente con el patrimonio de la fallida.

Analicemos ambos.

a) Fideicomiso de acciones o de cuotas partes de una S.R.L frente a la LCQ

La doctrina ha admitido pacíficamente la posibilidad de que los bienes entregados en fideicomiso sean acciones de una sociedad comercial, lo que se utiliza principalmente para la compraventa de paquetes accionarios, acuerdos de accionistas, administración o *management* de una sociedad o de portafolios de acciones de varias sociedades, garantizar deudas de los socios o de un tercero, programación familiar (protocolo familiar), la superación del eventual *impasse*, el usufructo a favor de herederos , etc.[224] No podría ser de otra forma ya que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad[225], los socios pueden pactar todo tipo de acuerdos dirigidos a la forma o a los modos de ejercer sus derechos en la sociedad[226].

Se ha definido al fideicomiso de acciones como "… aquel contrato o disposición de última voluntad por el cual una persona (fiduciante) dispone la trasmisión fiduciaria de las acciones, cuotas partes de interés - o de ciertos derechos que derivan de ella - que integran el capital social de una sociedad comercial, a otra persona (fiduciario), con la finalidad de ejercer derechos políticos y/o patrimoniales que ésta otorgan en provecho de un tercero designado en el contrato o testamento (beneficiario), y a trasmitirlas a la finalización del plazo o condición a otro, denominado fideicomisario (rol que puede asumir el fiduciante, beneficiario o tercero)…[227]"

---

[224] FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater), "Fideicomiso de acciones como negocio parasocietario*",* Errepar, Doctrina societaria y concursal, N°215, Octubre de 2005, t. XVII, p. 1247.

[225] Que actualmente se encuentra plasmado en los art.2651 del CCCN.

[226] DASSO, Ariel A., "Pacto de sindicación de acciones y fideicomiso", XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa ,Buenos Aires, 2013, en http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASH5a9a/ab4dbc4c.dir/doc.pdf (disponible el 6-IX-2015)

[227] PULIAFITO, Gladys J., y MAURY, Beatriz A., *Fideicomiso sobre participaciones societarias,* en *Tratado teórico practico de fideicomiso,* MAURY Beatriz A. (dir), Ad. Hoc, Buenos Aires 2004, p.208.

Estamos frente a un dominio imperfecto o "fiduciario" sobre las acciones o cuotas partes de una sociedad y por lo tanto no es pleno sino limitado por cuanto el fiduciario es titular de las acciones por un tiempo determinado y con los límites impuestos en el contrato.

En este supuesto el fiduciario a quien se le transmiten acciones deviene en socio con la finalidad que establezca el contrato de fideicomiso que lo instituye y, como tal, será quien revista la calidad de verdadero accionista, propietario efectivo de las acciones, tanto en las relaciones internas como en las externas, ejerciendo en forma legítima los derechos sociales tanto políticos como económicos[228] que se le transmitieron fiduciariamente (derechos patrimoniales: de percibir utilidades, suscripción preferente en los aumentos de capital, en la cuota de liquidación, etc.; también en los derechos de carácter "para-políticos" a saber, de voz y de voto, para la formación de la voluntad social, de gobierno, de administración, de control, de receso; y finalmente los derechos de información del socio[229]). Asimismo, el fiduciario estará legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos.

En este contexto, si bien en el voto del fiduciario debería prevalecer el interés social por encima de la manda del fideicomiso y/o de las instrucciones del fiduciante o beneficiario[230], la realidad indica que el interés del fiduciario como socio es el interés del fideicomiso que lo instituyó como tal[231].

Asimismo, no cabe duda de que la actuación de los accionistas no se resumirá sólo a la entrega de los bienes, sino que seguirán participando activamente del desarrollo del

[228] VÍTOLO, Daniel R., "Titularidad fiduciaria frente a la inscripción prevista en el art. 215 de la ley 19.550", El Derecho, 212-1156.
[229] FAVIER DUBOIS, Eduardo M (h), "Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima", La Ley 2010 - F, 842, p.7, cita *online:* AR/DOC/7076/2010.
[230] *Ibidem*.
[231] CRISTÓFARO, Giovana E. del C., "Algunas cuestiones del fideicomiso para analizar en caso de insolvencia y frente a la Ley Concursal", Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios N° 6, Febrero de 2013, IJ-LXVII-606, en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64606&print=1, (disponible el 30-VIII-2015).

fideicomiso, controlando, asesorando y solicitando la rendición de cuentas del administrador del patrimonio fideicomitido[232].

Así las cosas, el fiduciario de un fideicomiso de acciones puede ser titular de paquetes accionarios que ejerzan control sobre otra sociedad en los términos del art. 33 de la LGS, es decir que puede ejercer control de hecho o de derecho.

Aclaramos que la situación de control no es cuestionable en sí misma, sino sólo si se ejerce abusivamente. Este supuesto, ocasionaría - para el caso de que la controlante fuera una sociedad - la posibilidad de extender la quiebra a los socios según lo dispuesto en el art. 161 LCQ, entre otras consecuencias.

El citado art. en su inc. 2 establece la extensión de la quiebra a toda persona controlante de la sociedad fallida cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, habiendo logrado ello en ejercicio de control interno de hecho o de derecho.

En este orden de ideas la pregunta obligada es: ¿Puede extenderse la quiebra a un fideicomiso controlante de la fallida si se diera el caso de abuso de control establecido por el art. 161 y ccds. de la LCQ[233]?

Claramente, mientras exista la prohibición de quebrar prevista en el art. 1687 CCCN o no se declare la inconstitucionalidad de la misma, la respuesta es negativa, porque de otro modo se violentaría la intención del legislador que se encuentra expresamente plasmada en la norma.

Nos encontramos frente a un supuesto de desigualdad a la inversa del desarrollado anteriormente.

Se trata de un privilegio del fideicomiso en desmedro (principalmente) de los acreedores, ya que al primero, "a pesar de no tener personería jurídica, se le permite ser socio de sociedades comerciales, y en ejercicio de sus derechos como socio bien podría

---

[232] GONZÁLEZ Á. Mariano, *Fideicomiso de acciones,* Ad- Hoc, Buenos Aires, 2010, p.83.

[233]. CRISTÓFARO, Giovana E. del C., *Algunas cuestiones del fideicomiso para analizar en caso de insolvencia y frente a la Ley Concursal,* Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios N° 6, Febrero de 2013, IJ-LXVII-606, en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64606&print=1, (disponible el 30-VIII-2015).

incurrir en la causal de extensión de la quiebra, pero no quebrará por extensión como podría ocurrir con el resto de los sujetos en iguales circunstancias, porque posee una armadura especial que lo protege de los embates de los acreedores" [234] y que actualmente se identifica con la prohibición de quebrar prevista en el art. 1687.

Aquí son otros deudores (sociedades controladas perjudicadas por el abuso de control) los que se encuentran en una situación desigualdad frente al fideicomiso e incluso - como ya dijimos- los acreedores del fideicomiso, ya que no tienen el mismo derecho propio de todo acreedor "a pedir la quiebra ante la cesación de pagos de su deudor, cuando el crédito proviene de un patrimonio fideicomitido, como si pueden hacerlo con cualquier otro deudor"[235].

Estos acreedores e incluso los beneficiarios o fideicomisarios del fideicomiso serán, seguramente, los más perjudicados frente a la situación abusiva no sancionada por la ley, ya que en caso de resultado negativo en la liquidación del fideicomiso quedarán sin cobrar ni siquiera en moneda concursal, opción que si permite la ley de concursos, al no ser factible la quiebra del instituto, lo que vulnera el derecho de propiedad resguardado por el art. 17 de la CN[236].

Al respecto Molina Sandoval sostiene que "el fideicomiso de participaciones societarias podrá constituir una situación de control de una o varias sociedades determinadas, por lo que el control abusivo que pudiera ser ejercido por uno o varios sujetos debería ser sancionado, sin importar la fuente de la que deriva ese control[237]". Asimismo, sobre el control abusivo ejercido por el fideicomiso de acciones, sostuvo el autor citado que "si bien no se ha contemplado expresamente este tipo de control, el ejercicio abusivo conferidos por el fideicomiso, también debería ser sancionado[238]".

Creemos que la problemática descripta nos obliga nuevamente a rever el sistema liquidativo plasmado en el CCCN, puesto que tal como se encuentra redactado, el

[234] *Ibidem*.
[235] *Ibidem*.
[236] *Ibidem*.
[237] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Sindicación de acciones. Contornos jurídicos de los acuerdos de accionistas", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 271, cit. por GONZÁLEZ Á. Mariano, *Fideicomiso de acciones,* Ad- Hoc, Buenos Aires, 2010, p.124.
[238] *Ibidem*.

mantenimiento de la prohibición de quebrar puede generar - frente a una situación de abuso de control arbitrada por un fiduciario titular de un paquete accionario - soluciones verdaderamente injustas. Estas, eventualmente podrán justificar la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de quebrar estipulada para el patrimonio fideicomitido cuando se afecten derechos constitucionales como la igualdad ante la ley, ya que - ante la posibilidad de controlar abusivamente a otro sujeto de derecho - el fideicomiso tiene una especie de coraza o privilegio que no poseen otros deudores en idénticas circunstancias.

Se trata de una incongruencia más de la normativa vigente que ya existía bajo el régimen de la LF y que la reforma no supo prever.

Por otro lado, autorizada doctrina ha sostenido que "la prohibición de pedir la quiebra (y de decretarla) rige mientras se trate de un "verdadero" fideicomiso, o sea donde más allá de su nominalismo se presenten los elementos propios de dicho negocio. En cambio, si bajo la apariencia o forma de un fideicomiso se desarrolla otra relación jurídica sustancial respecto de la cual la ley admite el concurso, consideramos que la quiebra es posible[239]". Esta doctrina concluye que si hay aportes para un fondo común con el cual se desarrollara una actividad lucrativa, con gestión común y compartiendo la suerte de los aportantes, se presentan entonces elementos básicos del negocio societario y por lo tanto las reglas de la ley LGS son insoslayables. Por lo tanto, un fideicomiso donde se presenten dichos elementos podría considerarse una sociedad "atípica" y, como tal, nula, liquidable y concursable, con las responsabilidades consecuentes de sus socios y administradores[240].

En definitiva, está claro que la extensión de la quiebra tiene un contenido sancionatorio, que es la consecuencia asignada a una conducta reprochable[241], la que normalmente se encuentra íntimamente ligada con el abuso de la personalidad jurídica societaria y al quebrantamiento del principio de funcionalidad (por desviación del interés),

[239] FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "El contrato de fideicomiso frente al…", *op. cit.,* p. 1.
[240] *Ibidem*.
[241] JUNYENT BAS, Francisco A., "Abuso de control societario. Acciones sociales y concursales de responsabilidad extensión de la quiebra", La Ley 2005-D, 1442, p.4 , cita *online:* AR/DOC/2239/2005.

pero así como la ley no admite la desvirtuación del instrumento técnico de la sociedad[242], y prevé una sanción frente a este supuesto, resulta también inadmisible que la misma no sancione idéntica conducta reprochable ejecutada en el marco de otra relación patrimonial como es el fideicomiso.

b) Extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible

Se trata de una situación que pone en evidencia la incongruencia de la imposibilidad de quebrar prevista para el patrimonio fideicomitido. Imaginemos que el fiduciario es declarado en quiebra y que existe una confusión patrimonial inescindible que impide la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos (art. 161 inc. 3 LCQ) con relación al fideicomiso o - más complejo aun - que la confusión se dé respecto de otro controlante de hecho de los bienes[243].

La promiscuidad debe ser tal que llegue a invadir la totalidad de sus respectivas esferas patrimoniales, inundando activos y pasivos. Solo en este caso la sanción es indiscutible[244].

Esto apunta a una gestión común de ambos patrimonios y no a la existencia de confusiones parciales en los activos o en los pasivos. Tal es el caso, entre otros, del negocio societario bajo la apariencia de fideicomiso o "fideicomiso societario[245]".

Molina Sandoval se pregunta: ¿Serán acreedores del fideicomiso los acreedores del fiduciario que confundió su patrimonio con el del fideicomiso[246]? Y si bien hace expresa la complejidad de la problemática y la necesidad reformista que permita la concursabilidad del patrimonio fideicomitido, concluye que - ante la imposibilidad de efectuar las averiguaciones pertinentes a fin de determinar los bienes que integran los patrimonios que aparecieran confundidos - deberá considerarse al patrimonio fiduciario como único y liquidarse en la quiebra del fallido principal, aclarando que esta solución no implica aceptar que se pueda extender la quiebra al fideicomiso.

---

[242] *Ibidem*..
[243] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica…, *op. cit.*, p.. 301.
[244] BERGEL, Salvador D., "Extensión de la quiebra por confusión patrimonial", La Ley 1985- B, 754, p.5, cita *online:* AR/DOC/14196/2001.
[245] *Ibidem*.
[246] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica…, *op. cit.*, p.302.

La solución descripta probablemente proporcione una respuesta conciliatoria con la prohibición de quebrar para el caso que el patrimonio fideicomitido se confunda con el de propio del fiduciario, pero bajo ningún punto de vista resulta aplicable al supuesto de la confusión patrimonial entre el patrimonio fideicomitido y otro sujeto controlado por este o que controle los bienes del fideicomiso.

Desde esta mirada, se confirma que la reforma ha fallado en la búsqueda de la solución que el problema de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos requiere, y que hizo "oídos sordos" a las críticas de la doctrina anteriores a la gestación del proyecto de reforma como la que acabamos de referir.

2. Tratamiento tributario del fideicomiso

El tratamiento que recibe el fideicomiso en el marco de la normativa fiscal de nuestro país es realmente contrario a la solución que la LF y luego el CCCN receptó a la hora de regular esta figura.

En este sentido, si bien el fideicomiso no tiene personería jurídica puesto que solo se trata de un contrato, cuenta con personalidad fiscal y la legislación tributaria le otorga el carácter de sujeto de ciertos tributos del ordenamiento en virtud de atribuírsele la realización de hechos económicos alcanzados por distintos impuestos, al punto de que actualmente tributa como si fuera realmente una persona jurídica[247].

En este sentido, el Fisco ha sostenido que "… una vez entregados los bienes en fideicomiso, éstos pasan a integrar un sujeto que tiene autonomía tributaria y que es contribuyente directo del Impuesto a las Ganancias, en caso de que el resultado proveniente de la administración fiduciaria arroje ganancia[248]".

[247] CRISTÓFARO, Giovana E. del C., "Algunas cuestiones del fideicomiso para analizar en caso de insolvencia y frente a la Ley Concursal", Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios N° 6, Febrero de 2013, IJ-LXVII-606, en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64606&print=1, (disponible el 30-VIII-2015).
[248] DICTÁMEN Di.A.L.I.R. 6/07.

La AFIP, en distintos antecedentes (Dictámenes 19/2003, 34/2003, 74/2004, 14/2005[249], 40/2006), ha sostenido que el fideicomiso es el contribuyente del Impuesto a las Ganancias.

Para el Fisco, entonces es el fideicomiso (patrimonio de afectación) el contribuyente, y el fiduciario actúa como responsable de deuda ajena.

Lo mismo ocurre con otros impuestos, tales como el Impuesto al Valor Agregado (IVA). Al respecto el Fisco consideró que el fideicomiso es un sujeto pasivo de IVA, es una unidad económica con un fin determinado, distinta del fiduciario y del fiduciante y que las consecuencias fiscales del IVA, resultantes de la operatoria que desarrolla, no pueden considerarse atribuibles a dichos sujetos, sino al propio fideicomiso. En esta lógica, el Fisco concluyó que es en cabeza del fideicomiso que se perfeccionó el hecho imponible del IVA y que por lo tanto no puede trasladar el crédito fiscal acumulado de la obra a los fiduciantes-beneficiarios[250]. Este mismo criterio sostuvo en el Dictamen (DAT) 18/2006.

Claramente, el fideicomiso es asimilado a entes tales como una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, siendo aplicable para la determinación del tributo las normas que rigen para este tipo de sujetos[251].

Esta interpretación - que considera al fideicomiso como un pasivo de diferentes impuestos con autonomía tributaria respecto del fiduciante y fiduciario - contrasta en forma manifiesta con la postura asumida por el art. 1687 CCCN en cuanto mantiene la prohibición de quebrar para el fideicomiso, justamente por considerar que el mismo carece de personalidad jurídica.

---

[249] En el Dictamen (DAL) 14/05 se sostuvo: "Por lo expuesto cabe concluir que los fideicomisos constituidos en el país conforme la disposiciones de la Ley 24.441, excepto en aquellos en que el fiduciante posea la calidad de beneficiario…Los resultados del fideicomiso están gravados, con la excepción citada, en cabeza del mismo, a la alícuota del 35%".

[250] GRUSKIN Carla M. en *Tratado de Fideicomiso…*, *op. cit.,* t. I, p. 320.

[250] COTO, Alberto P., *"*Aspectos tributarios del fideicomiso"*;* La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 25, cit. por GRUSKIN Carla M. en *Tratado de Fideicomiso, op. cit*, p. t. I, p. 303.

Resulta entonces que el patrimonio fideicomitido, puede ser considerado sujeto de derecho a la hora de tributar, mas no es sujeto ni tiene aptitud alguna que le posibilite peticionar su concurso preventivo o más lógico aun , quebrar.

En definitiva, la posición asumida por el Fisco respalda la nuestra, en cuanto creemos imperiosa la incorporación del patrimonio fideicomitido al art. 2 LCQ o bien su incorporación al sistema legal como persona jurídica, porque con ello conseguiríamos finalmente unificar los criterios disimiles que existen sobre la materia como así también, eliminar las numerosas incompatibilidades, desigualdades e incongruencias que actualmente caracterizan la relación entre el art. 1687 CCCN y el resto del ordenamiento jurídico.

CAPITULO SEXTO: POSTURAS AFINES CON LA POSICIÓN ASUMIDA

1. La necesaria inclusión del fideicomiso al art 2 LCQ

A lo largo de este trabajo hemos demostrado que la reforma de la LF a partir de la incorporación de la figura del fideicomiso al CCCN ha pasado por alto el tratamiento de muchos problemas directamente vinculados con el sistema de liquidación por insuficiencia de los bienes fideicomitidos.

Sin bien, escuchando a la doctrina y a la jurisprudencia de los últimos años, el legislador ha optado por la judicialización de la liquidación y con ello ha desplazado al fiduciario como liquidador de los bienes, entendemos que la reforma en este aspecto pudo arbitrar una solución más eficiente: la incorporación del patrimonio fideicomitido al art. 2 de la LCQ o su equiparación con la persona jurídica, máxime cuando la disposición según la cual se aplican las normas de la LCQ "en lo que sea pertinente" implicará - en la práctica judicial - la aplicación de todo el sistema liquidativo de la LCQ, salvo en lo que se refiere a los efectos personales de la quiebra sobre el fallido, tal como sostuviéramos en capítulos anteriores.

No hay otro sistema que prevea una solución frente a la insolvencia y tampoco puede modificarse a gusto el único que existe sin riesgo de afectar derechos de terceros o perjudicar al deudor.

La solución legislativa desarrollada a lo largo de este trabajo, ha sido ya propuesta por legisladores y doctrinarios antes de la reforma. Sin perjuicio de ello es ahora, bajo la regulación vigente, cuando las incongruencias se hacen más patentes y exigen soluciones concretas.

Creemos firmemente que todos los conflictos y las dudas suscitadas acerca de las normas de la LCQ que resultan pertinentes a la liquidación del patrimonio fiduciario se disiparían si el legislador optara por la incorporación del fideicomiso como sujeto concursable en la LCQ, puesto que desde que la liquidación es de carácter judicial y se rige por la LCQ no encontramos ningún impedimento legal, ni fundamento de orden práctico, para sostener la no incorporación del patrimonio fiduciario como sujeto concursable.

2. Posiciones análogas

a) La posición fijada por la Doctora María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero[252] y el doctor Edgardo Alberti[253]

Estos doctrinarios propusieron durante los inicios de la vigencia de la LF, que se adoptara para los pequeños concursos un procedimiento de verificación sumario, en el que el deudor (en este caso el fideicomisario) denunciara las acreencias y se publicaran edictos para que concurran los interesados a manifestar oposiciones, sustanciados entre los interesados y un perito oficial designado por el juzgado, se resuelva la admisión de los créditos y posteriormente el proyecto de distribución, disponiéndose las medidas que fueren necesarias para la realización de los bienes, etc.[254]

b) Primeras Jornadas Argentino Uruguayas de Sociedades Comerciales y Fideicomisos[255]

En esta oportunidad, muchas de las ponencias tratadas fueron en relación a la posibilidad del concurso o la quiebra del fideicomiso, con una intención clara por parte de la doctrina de hacer sujeto susceptible de la LCQ al fideicomiso. Criterio, por ejemplo, respaldado a viva voz por el entonces Presidente del Instituto Argentino de Derecho Comercial en la reunión del Instituto llevada a cabo el 25/10/2011[256].

Al respecto de las conclusiones de estas jornadas se dijo que, "si de actualidad sobre fideicomisos y procesos concursales se trata, parece ser ésta última la temática que se encuentra en apogeo, con fuerte impulso a lograr una reforma legal que convierta a los patrimonios fideicomitidos sujetos concursables[257]".

c) El proyecto de ley de la Diputada Liliana T. Negre de Alonso

---

[252] Respuesta en el Ciclo de Concurso Preventivo y Quiebra dictado en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, año 1996.
[253] En "Curso sobre la Nueva ley de Concurso y Quiebra"/1997.
[254] FIGUEROA, Tomás I., "Cuasi concursabilidad de…", *op. cit.,* p.4.
[255] Llevadas a cabo de la Ciudad de Colonia, Uruguay en el año 2011.
[256] FERRO, Carolina, "Actualidad jurisprudencial y doctrinaria sobre Fideicomiso y Concurso", elDial.com, cita *online:* DC17FB.
[257] *Ibidem*.

El 05/06/2012, la Senadora Nacional, Liliana T. Negre de Alonso presentó por mesa de entradas del Senado de la Nación el proyecto de ley S-1669/12, por medio del cual propuso la incorporación del patrimonio fideicomitido como sujeto concursable en el art. 2 de la LCQ y consecuentemente la modificación del entonces art. 16 de la LF.

La redacción dejaba fuera del alcance del proyecto al fideicomiso financiero al cual seguirían aplicándose los arts. 23 y 24 de la ley.

El texto propuesto fue el siguiente: "... ARTÍCULO 1º.- Modifíquese el artículo 2º de la Ley 24.522, el que quedará redactado de la siguiente manera: "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. 3) Los fideicomisos no financieros sobre los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 16 y siguientes de la Ley 24.441. No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales." ARTÍCULO 2º.- Modifíquese el artículo 16 de la Ley 24.441, el que quedará redactado de la siguiente manera: "Artículo 16.-Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones mencionadas anteriormente darán lugar al concurso preventivo o a la quiebra, cumplidas las condiciones y presupuestos establecidos en la ley 24.522 y modificatorias."

Los fundamentos de la norma remarcaban la importancia del fideicomiso "para el desarrollo y bienestar del país" y advertían sobre la importancia de proteger este instituto, objetivo que estimaban realizable a partir de la incorporación del fideicomiso no financiero al art. 2 de la LCQ, ya que de éste modo se le permitiría una "oportunidad para salir a flote nuevamente mediante la figuras del concurso preventivo.

Por otro lado, la senadora reconocía que la doctrina se encontraba dividida respecto de la concursabilidad del fideicomiso no financiero y afirmaba que si bien éste no puede ser considerado sujeto de derecho "no es un instituto nuevo en la LCQ que un patrimonio, y no un sujeto de derecho, sea concursable: así, la mencionada ley establece que también

se consideran sujetos comprendidos el patrimonio del fallido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores, y los bienes en el país de los deudores domiciliados en el extranjero (art. 3 LCQ)".

Lamentablemente el expediente caducó el 28/02/2015, lógicamente porque ya entonces se había aprobado la reforma y unificación del CCCN que incluía la regulación del fideicomiso en su articulado y que preveía una solución diferente a la propuesta.

d) Algunas posturas expuestas en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia[258].

En el referido Congreso la insolvencia del fideicomiso fue objeto de una comisión, entre las ponencias allí presentadas, destaco a la de los Dres. Giovanna E del C. Cristófaro, E. Daniel Truffat y Molina Sandoval quienes coinciden en admitir la posibilidad de concursar al patrimonio fideicomitido.

Todos ellos sostienen que el art. 1687 CCCN prohíbe la quiebra pero no el concursamiento del patrimonio fideicomitido y afirman que en caso de que éste fracase lo que procede es una liquidación sin quiebra (tal cual ocurre con las mutuales).

Molina Sandoval sostiene que "el hecho de que el CCC aluda a "liquidación" no excluye la posibilidad de que el patrimonio fideicomitido se concurse preventivamente. Si bien no está entre los sujetos mencionados en el art. 2 LCQ y la ley le impide "quebrar" (art. 1687, CCCN), admite el concurso de las personas "en liquidación". Sería un concurso en el que el incumplimiento de acuerdo (o los otros supuestos de art. 77, inc. 1, LCQ y también el art. 43 LCQ) no importa la declaración de quiebra pero sin mecanismo liquidativo judicial muy parecido a la quiebra, en el que el tribunal, según su razonable criterio, deberá aplicar el régimen falencial en lo pertinente[259]"

En coincidencia con la postura asumida en el presente el autor citado sostiene que pareciera muy improbable imaginar un escenario liquidativo muy diferente al de un proceso falencial típico, en el que se requiere de publicaciones edictales, de medidas que

[258] Llevadas a cabo en Villa Giardino, Córdoba, Argentina en 7,8 y 9 de Septiembre de 2015.

[259] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ponencia: "La crisis del fideicomiso en el nuevo Codigo Civil y Comercial", VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia 7,8 y 9 de septiembre, Villa Giardino, Córdoba, Argentina, en : en "*Crisis y derecho",*Fespresa, Córdoba, 2015, t. II, p.385.

importen la suspensión de ciertos procesos judiciales iniciados con el fiduciario (por cuenta y orden del patrimonio fideicomitido), con inhibiciones e indisponibilidades que impidan la disposición de ciertos bienes por el fiduciario. También es indispensable un procedimiento para la determinación del pasivo concursal. Y la verificación de créditos se impone como un mecanismos adecuado, razonable y económico para poder determinar quiénes son los acreedores del patrimonio y poder determinar concretamente no sólo su cuantificación sino también los privilegios y demás cuestiones[260]"

[260] *Idem,* p. 387.

CONCLUSIÓN

El análisis efectuado nos permite confirmar la hipótesis inicialmente planteada: el fideicomiso debe ser considerado un sujeto concursable. Asimismo, hemos demostrado que el sistema liquidativo del fideicomiso previsto en el nuevo CCCN ha fallado al mantener la prohibición de quebrar excluyendo esta figura de los sujetos concursables definidos en el art. 2 de la LCQ.

Del análisis de la ya derogada LF, surge que la misma tenía en mira la institucionalización de un vehículo práctico, ágil, económico y de fácil instrumentación para fomentar la inversión en el país. Desde este punto de vista, observamos que lejos de querer equipararlo a una sociedad comercial, en aquel entonces legislador se propuso la creación de un instrumento diferente, con una organización mucho más sencilla que cualquier sociedad civil o comercial y que permitía a un desarrollador de cualquier envergadura llevar a cabo un proyecto particular de manera sencilla y segura, dejando a salvo su patrimonio particular y resguardando el capital destinado a la ejecución del fideicomiso.

Con respecto a la liquidación del patrimonio fideicomitido la LF proponía un sistema ultra liberal y absolutamente extracontractual, que fue criticado por cuanto dejaba desprotegidos a los acreedores, pero que indudablemente sirvió para promover la figura al asegurarle tanto al fiduciante como al fiduciario - ante la falta de recursos para concluir con el objeto previsto en el contrato - una solución mucho más benigna que un proceso falencial: la liquidación extrajudicial a cargo del fiduciario.

Esta figura legal, así creada fue en exceso exitosa y no revistió mayores problemas en la práctica negocial. De hecho se conocen pocos casos de patrimonios fideicomitidos insuficientes cuyas liquidaciones llegaron hasta una instancia judicial en la Argentina. Frente a este panorama la pregunta obligada es: ¿Por qué modificar el sistema previsto por la LF?

Al respeto creemos que si bien es real que los casos que llegaron a la justicia fueron escasos, también lo es el hecho de que el art. 16 de la LF dejaba en una situación de total desamparo a los acreedores del fideicomiso. Frente a esta realidad entendemos que no

puede justificarse el mantenimiento de una norma evidentemente inconstitucional, sean pocos o cientos los posibles afectados por la misma.

Ahora bien, frente a la nueva norma vigente nos preguntamos cuáles fueron los intereses que buscaba proteger el legislador a la hora de modificar la LF y a quien pretendía beneficiar. Indudablemente una de las opciones a su alcance era mantener el régimen extrajudicial de liquidación, reglamentándolo en pos de garantizar la protección de los acreedores (por ejemplo, mediante la obligatoriedad de un régimen edictal o de un proceso liquidativo regulado por ley aunque en manos de un tercero no justiciable).

Sin embargo el legislador prefirió judicializar la liquidación y con ello responder a las críticas que le formularon tanto la doctrina como la jurisprudencia en los últimos años. De este modo, sacrificó la practicidad de la figura del fideicomiso y uno de sus atributos más tentadores para los inversores: la prohibición de quebrar en conjunto con la liquidación extrajudicial de los bienes y en su lugar prefirió garantizar la seguridad jurídica en protección de los acreedores y la legalidad del sistema.

Coincidimos en que la judicialización de la liquidación era necesaria, sin embargo, pensamos que la solución plasmada en el art. 1687 del CCCN no es la más apropiada para alcanzar el fin propuesto, ya que la liquidación judicial como única vía al alcance del fiduciario de un patrimonio en crisis deja al fideicomiso sin alternativas frente a la insolvencia, perjuicio éste que repercute directamente en el interés de los mismos acreedores que pretenden el recupero de por lo menos parte de sus créditos, supuesto que difícilmente consigan en una liquidación y con muchas más posibilidades podrán lograrlo en el marco de un concurso preventivo.

Esta afirmación no es dogmática, todo lo contrario, refleja una realidad judicial que se repite a lo largo de todo el país: en los procesos falenciales los acreedores quirografarios son normalmente excluidos de la distribución (ya que los bienes apenas si alcanzan para pagar parcialmente los créditos privilegiados y los gastos del proceso). Por el contrario, en la práctica encontramos concursos exitosos, empresas que se recuperan de una situación de crisis eventual, que pueden seguir operando y creciendo, partiendo de la base de que para alcanzar un acuerdo con sus acreedores, el concursado debe necesariamente conseguir la conformidad de los quirografarios. Deberá, además pagar a sus acreedores privilegiados

que quedaron fuera de la propuesta, porque la solución en caso de incumplimiento en uno u otro supuesto es la misma: la quiebra. Podríamos decir que el proceso concursal prevé que el beneficio frente a una situación de crisis sea reciproco: el concursado solo podrá evitar su quiebra y salvar su empresa en la medida que cumpla con sus acreedores en los plazos y bajo las condiciones previstas en la LCQ.

Sabemos que esta situación así descripta como ideal no es siempre la que se reproduce en la práctica judicial en donde encontramos las más hábiles maniobras de defraudación en beneficio de quienes utilizan la LCQ como una herramienta para financiarse en perjuicio de sus acreedores. Condenamos estas prácticas y denunciamos la necesidad de modificar el sistema de manera que este sea más seguro y exigente, pero no podemos por ello privar al fideicomiso constituido y administrado de buena fe de una solución preventiva que le permita reflotar un emprendimiento viable frente a una eventual crisis económica.

Entonces concluimos que el art. 1687 CCCN no responde a las necesidades que la norma quiso satisfacer, ya que un sistema judicial de liquidación que excluye a la quiebra y al concurso preventivo como alternativa frente a la crisis repercute negativamente tanto en los intereses de la concursada como en los de los acreedores.

Esta problemática sin dudas constituye el eje central de todo nuestro análisis, por cuanto pretendemos a lo largo de este trabajo desentrañar el sentido real y práctico de la norma, averiguar si existe una mejor opción posible que pueda equilibrar los derechos en pugna y - frente a la norma ya sancionada y vigente - sugerir la manera correcta de interpretarla.

Durante la vigencia de la LF se discutía la aplicación de las disposiciones de la LCQ a la liquidación del fideicomiso, hoy indudablemente el CCCN ha creado un nuevo procedimiento concursal: la liquidación del fideicomiso, al cual se le aplican las normas previstas para los concursos y las quiebras, pero no quiebra.

Al respecto coincidimos plenamente con la doctrina que sostiene que lo único que se logra con esta parte del artículo que no fue modificada con la reforma, es mencionar el procedimiento a seguir en caso de insolvencia en forma más elegante, probablemente por

de ese modo el público continuará creyendo que los fideicomisos insolventes no quiebran, solo se liquidan, pero con las mismas normas que una quiebra[261].

Creemos que el art. 1687 del CCCN ha atacado la esencia misma del fideicomiso, que originalmente fue pensado como un instrumento ágil, práctico, económico y seguro para fomentar la inversión y lo sometió a una metamorfosis que lo convirtió en un híbrido con una estructura sumamente débil y compleja.

En este nuevo sistema la liquidación se pone en manos de un juez a quien la ley le indica que debe "fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente" y a la vez le prohíbe ordenar la quiebra del patrimonio fideicomitido. Se genera entonces una gran contradicción, ya que - como vimos a lo largo de este análisis - prácticamente todas las normas de la LCQ son pertinentes a los fines de la liquidación. Esto porque el sistema concursal cuenta con etapas y requisitos ineludibles, que no pueden ser soslayados sin atentar contra la lógica del sistema y sobre todo porque la LCQ es la única norma que prevé una solución frente al problema de la insolvencia.

Así las cosas, creemos que la mejor alternativa legal frente a la problemática planteada es la eliminación de la prohibición de quebrar prevista en el art. 1687 CCCN, y la inclusión del fideicomiso en el art. 2 de la LCQ o bien su tratamiento legal como sujeto de derecho. Sin embargo frente a la prohibición legal vigente, en la actualidad y hasta que una eventual reforma recepte nuestra postura, solo podemos buscar la interpretación de la norma que mejor se adecue a los intereses en juego sin incurrir en la prohibición determinada por el art. 1687 CCCN.

A lo largo del presente analizamos las normas de la LCQ que estimamos pertinentes a la liquidación judicial del fideicomiso y concluimos que salvo aquellas que implican extender los efectos personales del proceso falencial al fiduciario son todas aplicables a la liquidación del patrimonio fideicomitido. De este modo no advertimos ninguna diferencia sustancial entre la liquidación del fideicomiso y el proceso falencial que justifique el mantenimiento de la prohibición de quebrar. Consecuentemente, concluimos que en la

[261] CRISTÓFARO, Giovana E. del C., ponencia: "Insolvencia del Fideicomiso en…, *op. cit.,* p.410.

práctica va a quedar superada la prohibición de quebrar con el nuevo procedimiento concursal creado por el art. 1687 CCCN.

La mayor complicación se presenta frente a posibilidad del concurso preventivo. Al respecto pensamos que el legislador pudo haber previsto expresamente la prohibición de concursar al fideicomiso (máxime considerando que se trata de una cuestión que ya se discutía durante la vigencia de la LF) y que sin embargo omitió intencionalmente mencionar tal solución preventiva permitiendo su aplicación al patrimonio fiduciario en crisis por aplicación del art. 19 de la CN.

Dado el régimen de liquidación vigente previsto en el art. 1687 del CCCN (que prohíbe la declaración de la quiebra del patrimonio fideicomitido, pero que nada dice al respecto de la posibilidad concursamiento de éste último), el pedido de apertura del concurso preventivo del patrimonio en crisis constituye una opción al alcance del fiduciario, que incluso puede ser prevista contractualmente como alternativa de salvataje por el fiduciante.

Desde esta óptica sostenemos que el fideicomiso, aún vigente la prohibición de quebrar, es un sujeto concursable y que en caso de fracaso del concurso preventivo, procede la liquidación del patrimonio fideicomitido de conformidad con lo previsto en el art. 1687 CCCN, tal como ocurre con la liquidación de las mutuales.

De lo contrario, el fideicomiso en su carácter de deudor, recibiría un tratamiento diferente y discriminatorio con respecto a los demás deudores, puesto que cualquier opción de salvataje le estaría vedada.

Adviértase que si bien la LF, fue objeto de críticas (por cuanto los acreedores quedaban desprotegidos y totalmente sometidos a la voluntad del fiduciario, que podía liquidar los bienes y distribuirlos a su antojo y sin control judicial) al menos ésta ofrecía al fiduciario la posibilidad de prever contractualmente alternativas de salvataje que debían agotarse antes de proceder a la liquidación.

En cambio, al momento de pensar en la reforma, el legislador ha dejado al fideicomiso desprovisto de una alternativa expresa frente a una situación de crisis superable. Así las cosas, si la prohibición de quebrar se hiciera extensiva a la de

concursarse, el fiduciario no tendría más opción que pedir la liquidación del patrimonio, por más que la insuficiencia sea temporaria o provisoria y aun si el emprendimiento puesto en marcha a través del fideicomiso tuviera potencial aptitud económica, puesto que su responsabilidad personal se encontraría en juego y la demora le podría ser imputable como incumplimiento del contrato e incluso de la misma ley.

En este contexto, creemos que la interpretación del art. 1687 CCCN que extendiera la prohibición de quebrar al concurso, atentaría en contra del derecho de igualdad ante la ley reconocido en el art. 16 de la CN y que por lo tanto justificaría su declaración de inconstitucionalidad. Claramente se trata de una solución que si bien se justifica desde la búsqueda de la seguridad jurídica en el marco de la liquidación judicial, termina operando en desmedro de la misma y de la practicidad y flexibilidad del fideicomiso, ya la nueva ley somete al patrimonio fiduciario al riesgo de tener que extinguirse en forma definitiva, frente a un eventual desfasaje financiero.

En definitiva, serán los jueces los encargados de flexibilizar la prohibición dispuesta por el art. 1687 CCCN, tomando como premisa el reconocimiento del derecho convencional a la tutela judicial efectiva, implícito en el derecho de jurisdicción, que trae aparejada la obligación de dictar una sentencia justa, dándole la razón a quien realmente la tiene.

En este sentido, atento a que la declaración de inconstitucionalidad debe analizarse con carácter restrictivo y excepcional, por constituir la "última ratio del ordenamiento jurídico[262]", creemos que los jueces primeramente deberán realizar la "interpretación coherente" de la que habla la última parte del art. 2 del nuevo CCCN, evaluando en su conjunto la totalidad del ordenamiento jurídico a fin de evitar incongruencias y desigualdades.

Entendemos que de este modo - actuando de conformidad con la premisa constitucional según la cual"… ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que

[262] CSJN, "Sosa A. y otros c/ Neuquén, Provincia del Agua y Energía Sociedad de Estado", 10/02/1987; CSJN, "Unión Tranviarios Automotor c/ Empresa Esteban Echeverría SRL, Línea 302", 23/04/85, entre otros.

no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe[263]" - podrán admitir la posibilidad de la apertura del concurso preventivo del patrimonio fideicomitido que no está prohibido expresamente en el CCCN.

Esta solución es la única compatible con el principio de conservación de la empresa que representa un interés propio o autónomo digno de tutela y contención[264], ya que la misma resulta esencial para la vida en sociedad, en cuanto es generadora de trabajo, de ideas, de riqueza, propende la creatividad, el avance tecnológico y promueve la mejora del nivel de vida para la población. De este modo, advertimos que el interés general se encuentra presente en el sistema concursal, cuyo objetivo principal debe ser la protección de la unidad productiva en beneficio de la sociedad toda , como así también la protección de los acreedores, encontrando un punto de equilibrio entre los intereses comprometidos.

Desde otra mirada, es innegable que el fideicomiso, como figura organizativa, fue utilizado con fines fraudulentos, en perjuicio de los acreedores que muchas veces, como consumidores, constituyen el sujeto más débil de la relación negocial. El interés público también se evidencia frente a estos abusos, que no pueden ser tolerados por la ley. Es por ello que también desde esta perspectiva, proponemos la aplicación del sistema de la LCQ que permitirá, por ejemplo, extender la quiebra como sanción a un fideicomiso de acciones que hubiera abusado del control ejercido sobre la fallida.

Creemos que la solución propuesta nos permitiría alcanzar el justo equilibrio entre todos los intereses descriptos, poniendo en manos del fideicomiso deudor y de cada uno de los acreedores, las herramientas legales adecuadas para la defensa de sus derechos.

Entendemos que la postura asumida a lo largo del presente trabajo de investigación es la única compatible con los principales paradigmas que el CCCN ha incorporado en nuestra agenda jurídica y que sin dudas son el principio de la igualdad y la constitucionalizarían del derecho privado.

[263] Principio de legalidad contenido en el art. 19 de la CN.
[264] RASPALL, Miguel A., "Derecho de la empresa en crisis…", *op. cit.,* p.3

Ahora bien, asumir que el sistema concursal es la única alternativa viable para la liquidación del patrimonio fiduciario no significa que no tengamos reparos con respecto a la norma falencial cuya aplicación proponemos.

Sabemos que los procesos concursales en la actualidad no cumplen estrictamente con la finalidad para la que fueron concebidos, son largos, costosos y muchas veces poco eficientes. Por tal motivo los esfuerzos legislativos deben concentrarse principalmente en perfeccionar el régimen de la LCQ para adecuarlo a las exigencias del mundo actual, incluyendo a los nuevos sujetos cuya presencia es hoy indiscutible en el escenario de los procesos concursales, entre ellos, al fideicomiso.

BIBLIOGRAFÍA.

ALEGRÍA, Héctor, "La empresa como valor y el sistema jurídico", La Ley, 2006-D, 1172, cita *online:* AR/DOC/2468/2006.

ALEGRÍA, Héctor, "Diálogo de Economía y Derecho y Convergencias Culturales y Sociales en la Insolvencia", La Ley 2007-C, 900, cita *online*: AR/DOC/1158/2007.

BARATELLI, Germán A., "Insuficiencia del patrimonio fideicomitido para atender a las obligaciones del fideicomiso. Alternativas de salvataje ante el riesgo de no terminación del proyecto". La Ley, DJ 03/12/2014, 1, cita *online:* AR/DOC/4005/2014.

BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, Jus, México, 1995.

BELMAÑA LLORENTE, Andrea, ponencia: "Liquidación del fideicomiso. Aspectos procesales". VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia 7, 8 y 9 de septiembre, Villa Giardino, Córdoba, Argentina, en: "*Crisis y derecho",* Fespresa, Córdoba, 2015.

BERGEL, Salvador D., "Extensión de la quiebra por confusión patrimonial", La Ley 1985-B, 754, cita *online:* AR/DOC/14196/2001.

CARREGAL, Mario A. en *Tratado de Fideicomiso,* Directores GOTLIB, Gabriel, CARREGAL, Mario A. y VAQUERO, Fernando M., La Ley, Buenos Aires, 2013.

CARREGAL, Mario A., "El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441", La Ley, 2007-B, 1165, cita *online:* AR/DOC/1332/2007.

CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso: teoría y aplicación a los negocios*, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

CIMA, Eduardo, "Cuestiones procedimentales controvertidas en torno a la liquidación del patrimonio fideicomitido. Innovaciones establecidas en el Código Civil y Comercial", VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia 7, 8 y 9 de septiembre, Villa Giardino, Córdoba, Argentina, en: "*Crisis y derecho",* Fespresa, Córdoba, 2015.

CRISTÓFARO, Giovana E. del C., ponencia: "Insolvencia del fideicomiso en el nuevo Código Civil y Comercial", VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia 7, 8 y 9 de

septiembre, Villa Giardino, Córdoba, Argentina, en "*Crisis y derecho",*Fespresa, Córdoba, 2015.

DI LELLA, Nicolás J., "Imposibilidad del concurso de las UTE en Tucumán*",* La Ley NOA, 2014 (Julio) 604, cita *online:* AR/DOC/1675/2014.

DI TULLIO, José A., MACAGNO, Ariel A. G., "Algunas cuestiones sobre ineficacia concursal (con especial referencia a los arts. 120 y 109 LCQ)", Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Volumen: 2002- III), Suplemento del 7-8-2002., pp. 1447 - 1463.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso,* Porrúa, México, 1972.

ESPARZA, Gustavo A., *El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá*, Gowa Ediciones Profesionales, Buenos Aires, 2006.

ESPARZA, Gustavo y GAMES, Luis María, "El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra", El Derecho, 194-1014.

FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial*",* Errepar, Doctrina societaria y concursal, N° 305, Abril 2013, t. XXV.

FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La contabilidad del fideicomiso y la insuficiencia del patrimonio fideicomitido", Errepar, Doctrina societaria y concursal, octubre de 2011, t. XXIII.

FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Concurso preventivo vs. fideicomiso de garantía, los problemas de validez, oponibilidad y novación conforme un reciente fallo", Errepar, Doctrina societaria y concursal, N° 255, febrero 2009.

FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) y FABIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "El contrato de fideicomiso frente al régimen concursal: cuestiones generales y particulares", Errepar, Doctrina societaria y concursal, mayo de 2012.

FABIER DUBOIS, Eduardo M. (pater), "Fideicomiso de acciones como negocio parasocietario*",* Errepar, Doctrina societaria y concursal, N°215, octubre de 2005.

FIGUEROA, Tomás Ise, "Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos", La Ley 1999-A, 899, cita *online:* AR/DOC/3263/2001.

GAMES Luis M., ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y Concursos*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

GONZÁLEZ Á. Mariano, *Fideicomiso de acciones,* Ad- Hoc, Buenos Aires, 2010.

GONZÁLEZ, Ángel M., "Analogía entre la responsabilidad del administrador societario y del fiduciario de un contrato de fideicomiso", Errepar, Febrero de 2011, t. XXIII.

GRACOGNA, Dante, "Concursabilidad de las mutuales*",* La Ley 2014-A, 879, cita online: AR/DOC/4574/2013.

GRAZIABALE, Darío J., "Insolvencia y Fideicomiso"*,* Revista Jurídica La Ley, Derecho comercial. Concursos y quiebras. Doctrinas esenciales Tomo III, 01/01/2005, 263, 2005-A, 1363, cita *online:* AR/DOC/123/2005.

GRAZIABILE, Darío J., "Inhabilitación falencial"*,* La Ley 2006-F, 1240, cita *online:* AR/DOC/3580/2006.

HAYZUZ, Jorge R., *Fideicomiso*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 211-212.

HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Abaco, Buenos Aires, 2000.

JOULIA, Emilio Cesas, "Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario", El Derecho, 201-689.

JUNYENT BAS, Francisco A., "Abuso de control societario. Acciones sociales y concursales de responsabilidad extensión de la quiebra", La Ley 2005-D, 1442, cita *online:* AR/DOC/2239/2005.

JUNYENT BAS, Francisco A., "La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitido a la luz del art. 16 de la ley 41.441. El trámite liquidatorio: ¿Un proceso "extrajudicial" o "paraconcursal"?", La Ley, 2014 – C, 701, cita *online:* AR/DOC/2571/2014.

JUNYENT BAS, Francisco y BORETO, Mauricio*, "*Acerca de la constitucionalidad de del mecanismo de liquidación del patrimonio fideicomitido – por insuficiencia de bienes- previsto en el art. 16 de la Ley 24.441"*,* ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán 2012, publicado en: *Por un mejor derecho concursal,* Astrea, Buenos Aires, 2012.

JUNYENT BAS, Francisco; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción"; Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C.

KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio V., "El fideicomiso en el proyecto de Código"*,* La Ley 2012-E, 812, cita *online:* AR/DOC/3417/2012.

KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio V., "Liquidación judicial de un fideicomiso inmobiliario*",* La Ley, 2012-A, 340, cita *online:* AR/DOC/647/2012.

KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, *"*La ley francesa de fideicomiso*",* Revista Jurídica La Ley, 2007-F, 982, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, t. VI, 01/01/2009.

KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V, *Teoría y práctica del fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "La insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto del Código*",* La Ley 2014- E, 987, cita *online:* AR/DOC/1199/2014.

KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., "Liquidación judicial del fideicomiso en crisis. Un precedente emblemático"*,* La Ley, 2011-C, 212, cita *online:* AR/DOC/1398/2011.

KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.," Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 125, cita *online:* AR/ DOC/3836/2014.

KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de Fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 2003.

LISOPRAWSKI, Silvio V., "El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario", La Ley 2010-D, 1189, cita *online:* AR/DOC/4781/2010.

LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso en el Código Civil y Comercial", La Ley, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 510, cita *online:* AR/DOC/1073/2015.

LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso de administración. Revocatoria concursal de pleno derecho", La Ley 2012-F, 341, cita *online:* AR/DOC/5597/2012.

LISOPRAWSKI, Silvio, "Fideicomiso de construcción al costo", La Ley 2011-F, 1055, cita *online:* AR/DOC/5697/2011.

LISOPRAWSKI, Silvio, "Fideicomiso de construcción al costo", La Ley 2011-F, 1055, cita *online:* AR/DOC/5697/2011.

LISOPRAWSKI, Silvio, "Liquidación Judicial de fideicomisos", La Ley, 2013-E, 1127, cita *online:* AR/DOC/3722/2013.

LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., Fideicomiso. Leasing. Letras Hipotecarias. Ejecución Hipotecaria. Contratos de Consumición, Zavalía, Buenos Aires, 1996.

LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general,* Zavalía, Buenos Aires, 1976.

LORENZETTI, Luis R., *Contratos. Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2003.

LOZA, Eufracio R., *La ley de quiebras N° 11.719, comentada, concordada y anotada,* Zavalía, Buenos Aires 1970.

MAFFÍA, Osvaldo J., Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial, La Ley 1984-C, 775, cita *online:* AR/DOC/18836/2001.

MARTORELL, Ernesto, *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código", La Ley, 08/07/2015, cita *online: AR*/DOC/2035/2015.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil,* Abaco, Buenos Aires, 2004.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ponencia: "La crisis del fideicomiso en el nuevo Código Civil y Comercial", VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia 7,8 y 9 de septiembre, Villa Giardino, Córdoba, Argentina, en : en "*Crisis y derecho",* Fespresa, Córdoba, 2015.

MÖLLER, Mariano, "El concurso del fideicomiso empresarial en México", en *"El fideicomiso en las sociedades y los concursos,* Legis, Buenos Aires, 2011.

PAPA, Rodolfo G., "Fideicomiso. Formas jurídicas de organización alternativas a la constitución de un fideicomiso. Sociedad Comercial. Sociedad Civil. Diferencias entre un fideicomiso y una sociedad comercial", Errepar, julio de 2013, t. XXV,

PAPA, Rodolfo G., "Insolvencia del fideicomiso. Liquidación del patrimonio fiduciario. Exclusión de la aplicación de la legislación concursal". Errepar, marzo de 2013, t. XXV.

PAPA, Rodolfo G., "La regulación del fideicomiso en el proyecto de Código Civil", Errepar, Compendio jurídico, Diciembre 2012, t. PAPA, Rodolfo G., "La regulación del fideicomiso en el proyecto de Código Civil", Errepar, Compendio jurídico, Diciembre 2012, t. LXIX.

PULIAFITO, Gladys J., y MAURY, Beatriz A., *Fideicomiso sobre participaciones societarias,* en *Tratado teórico practico de fideicomiso,* MAURY Beatriz A. (dir), Ad. Hoc, Buenos Aires 2004.

RASPALL, Miguel A., "Derecho de la empresa en crisis. Concursos reorganizativos. Plan de empresa. Una mirada en el derecho ibeoroamericano", La Ley, 2009-A, 719, cita *online:* AR/DOC/3002/2008.

ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

TRUFFAT, Daniel, ponencia: "Tendencias y necesidad de reformas del derecho concursal ante la crisis global", VIII Congreso Derecho en Concursal del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México DF, del 17 al 19 de Mayo de 2012.

TRUFFAT, E. Daniel, "Palabras en Homenaje al DR. Enrique M. Butty, Jurisconcursal", Año II, Nro. 5, mayo de 2007.

VÍTOLO, Daniel R., "Titularidad fiduciaria frente a la inscripción prevista en el art. 215 de la ley 19.550", El Derecho, 212-1156.

a) Sitios Web Consultados

CRACOGNA, Dante, " La aplicación de la ley de concursos y quiebras a las mutuales", Ponencia en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa , Rosario, 2001, en : http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASH0175/42f61e5a.dir/doc.pdf.

CRISTÓFARO, Giovana E. del C, "Hacia el concurso del fideicomiso", Revista de Estudios de Derecho Empresario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ISSN2346-9404, en: http://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8825/9668.

CRISTÓFARO, Giovana E. del C., "Algunas cuestiones del fideicomiso para analizar en caso de insolvencia y frente a la Ley Concursal", Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios N° 6, Febrero de 2013, IJ-LXVII-606, en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64606&print=1.

DASSO, Ariel A., "Pacto de sindicación de acciones y fideicomiso", XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 2013, en: http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASH5a9a/ab4dbc4c.dir/doc.pdf .

FERRO, Carolina, "Actualidad jurisprudencial y doctrinaria sobre Fideicomiso y Concurso", elDial.com, cita *online:* DC17FB, en: http://www.eldial.com/nuevo/index.asp .

MAYER, Mariano, "El fideicomiso ordinario frente a su propia quiebra", Revista Argentina de Derecho Empresario, IJ-LXVIII-209, en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65209&print=1.

TON, Walter Rubén, "El Fideicomiso en insolvencia debe ser liquidado a través de la quiebra" en: http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/contratos/fideicomiso_insolvencia_debe_ser_liquidado_quiebra_ton.pdf.

JURISPRUDENCIA RELEVANTE

CNCom. , Sala A "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra por Desarrollo Pilar S.A. (expte. 090895)", 24/11/2009, fallo firme; "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra promovido por Embal System S.R.L.", (exp.089866).

CNCom. Sala B, "Fliudmec S.A. s/ quiebra s/ incidente de ineficacia concursal", 15/11/2011.

CNCom. Sala D, "Trenes de Buenos Aires S.A. s/ Concurso preventivo", 9/9/2008.

CNCom. Sala F, "Chacras del Mar S.A. s/ Quiebra" (Expte.: 091414), 12/07/2012.

CNCom., Sala A "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra promovido por Embal System S.R.L", (expte68118/2008), 3/4/2009 (JNac. Com. N°10, secretaría N°20).

CNCom., Sala A, "Fideicomiso Catalinas Blancas I s/ Concurso preventivo", 06/03/2014.

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

JCiv. y Com N°13 Ciudad de Córdoba " Banco Suquía SA s/ Concurso preventivo, 23/10/2002.

JCiv. y Com. N° 9, Rosario, "Banco Bisel s/ Concurso preventivo", 01/11/2002.

JNCom. N° 7, Secretaría N° 13 "SOFOL I s/ Liquidación judicial ", 29/09/2012.

B "Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96", 14/02/2012.