Liquidación del Fideicomiso y Concurso Preventivo*

Por Ángel J. Luzzi

I. Introducción [arriba]

El objeto del presente informe es analizar la problemática que presenta la liquidación del fideicomiso y el concurso preventivo, con especial consideración al tratamiento legal de la institución del fideicomiso, el contrato de fideicomiso y del dominio fiduciario desde la sanción del Código Civil de la Nación redactado por el Dr. Dalmasio Vélez Sarsfield, el Código de Comercio, y la posterior evolución legislativa en nuestro país. Consideraré la legislación derogada, la vigente, la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacionales. Dentro de las posibilidades contempladas en la legislación nacional, me circunscribiré a un fideicomiso de administración exclusivamente, sin tratar la problemática que presentan la liquidación y tratamiento concursal de los fideicomisos financieros, testamentarios o de garantía. A tales efectos, se hará una reseña de los antecedentes históricos y los nacionales de la figura del fideicomiso, el contrato de fideicomiso y el dominio fiduciario para luego referirme a la liquidación del fideicomiso y el régimen concursal. Si bien mucho se ha escrito sobre la temática que nos ocupa, mi objetivo es lograr un recorrido ameno sobre el instituto del fideicomiso y el dominio fiduciario para luego abocarme a la insolvencia, liquidación del fideicomiso y los principios y normas del régimen concursal. En función de ello, procuraré arribar a una conclusión que comprenda la necesidad, o no, de una reforma legislativa.

II. Breve reseña de Antecedentes Históricos del Fideicomiso. Derecho Romano. Edad Media [arriba]

El contrato de fideicomiso tiene sus orígenes en el antiguo Derecho Romano Clásico, anterior al Justinianeo[1]. Luego, es tomado por la legislación medieval, y llega a nuestros días con una interesante evolución. Se lo considera una de las primeras formas de garantía real para el pago de una deuda, ocupando un lugar inmediatamente siguiente a la autopignoración representada por el nexum, figura que generaba un vínculo obligacional entre deudor y acreedor y la atadura física, que representaría la garantía de cumplimiento.[2]

Según Navarro Martorell la fiducia es el antecedente inmediato de la prenda y de la posterior hipoteca.[3]

Las “Instituciones” de Gayo, las “Sentencias” de Paulo la “Collatio”, los fragmentos del Vaticano y el Código Teodosiano, un tríptico de Pompeyo del siglo I y una tabula de la antigua Bética del siglo II tratan la fiducia.[4] La utilidad práctica de la Institución estaba dada por la posibilidad de que los peregrinos o quienes no podían hacer testamento romano pudieran testar, y para hacer llegar las herencias a las personas incapacitadas por ley para ser herederas, pero que no obstante merecen ser remuneradas por los servicios que habían prestado a los testadores”.[5]

Las leyes de Partidas en su afán de imitar al derecho romano, introdujeron en España los fideicomisos.[6] También revistió la institución utilidad sucesoria.

El Derecho Germánico también conoció la figura, en donde “el poder atribuido al fiduciario (treuhander) es limitado en función de su finalidad”, y es realizado bajo “condición resolutoria” con operatividad automática.[7]

Es en el Derecho Inglés en donde la institución, denominada “Trust”, logra una interesante evolución, que también comprende otras figuras contractuales en las que la confianza

presenta un carácter esencial. Así, Serrano Trasviña, citado por Silvio V. Lisoprawski[8] define al Trust como "una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust)".[9]

Refiriéndose también a la figura del trust en el Derecho Inglés, explica Juan Manuel Peire que: "En realidad la palabra trust se emplea comúnmente para designar las grandes combinaciones económico-financieras. Su verdadera acepción jurídica implica el derecho de dominio de los bienes muebles e inmuebles que una persona tiene a favor de otras". De acuerdo con Domínguez Martínez: "Un estado de relación fiduciaria respecto de bienes que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos a deberes de equidad y a manejar mejor dichos bienes para beneficio de otra persona, la cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo". Es entonces una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho y equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Lo que lo distingue del fideicomiso del derecho romano es que en el trust concurren dos propiedades sobre el mismo bien, el trustee es propietario legal y el cestui que trust recibe la protección como propietario en equidad. El antecedente del trust es el use, que se remonta a la Edad Media; este se usaba para eludir persecuciones religiosas, políticas, etcétera. Respecto del derecho positivo moderno europeo, no ha sido receptado todavía el fideicomiso como un negocio fiduciario. No obstante, en las Jornadas de Estudio de Madrid en 1979(7), en las que participaron ilustres juristas y la banca europea, la banca mexicana se explayó al transmitir su experiencia positiva. El principado de Mónaco introdujo el trust en 1935. Posteriormente, la Convención de La Haya del 1º de julio de 1985 incorpora en su art. 2º la definición del trust y bancos de Alemania e Inglaterra lo utilizan para los negocios en forma de garantía. Sus efectos habrían sido reconocidos aun en países tradicionalmente hostiles a la fiducia como Francia, Bélgica y Luxemburgo".[10]

III. El Fideicomiso en nuestra legislación [arriba]

1. El Código Civil de la República Argentina.

El Código Civil Argentino redactado por Dalmasio Vélez Sarsfield, legisló e hizo mención al dominio fiduciario y al fideicomiso en los arts. 2507, 2661 al 2672 (si bien de estos artículos solo dos mencionan al dominio fiduciario -el 2661 y el 2662- no se hace mención al "fideicomiso"), pero sí a la categoría jurídica que lo comprendía en el Código que era el "dominio imperfecto" siendo este el género, y el dominio fiduciario una de sus especies), 2841, 3723 y 3730.[11]

Es decir, la figura del dominio fiduciario fue expresamente legislada e incorporada al Código Civil por nuestro ilustre codificador, quién bien la conocía y hasta dedicó al dominio imperfecto -que comprendía al fideicomiso- todo un Título, el Séptimo, del Libro Tercero ("De los Derechos Reales"). Ahora bien, me parece muy interesante citar la opinión que el dominio imperfecto en general, y el dominio fiduciario en particular, mereció a uno de los más prestigiosos civilistas argentinos del siglo pasado, como lo fue Guillermo Antonio Borda. Al referirse al "dominio imperfecto" y los arts. 2507 y 2661, expresaba Borda: "El concepto está dado en dos disposiciones cuya claridad y precisión dejan bastante que desear".[12] Continuaba expresando Borda al referirse al dominio fiduciario: "207. Interés práctico.- El art. 2662 es en nuestro derecho una norma caída en desuso. En nuestras prácticas, nadie recurre al fideicomiso".[13] Con la claridad que lo caracterizaba, pero categóricamente, así se refirió Borda al fideicomiso. No obstante, y a pesar de que Borda formó parte de la Comisión Redactora de la Reforma del Código Civil Argentino que fue sancionada mediante la Ley N° 17.711, los artículos referidos no fueron objeto de reforma, manteniendo su redacción original.

Está claro que otros autores de prestigio que analizaron la figura en el siglo pasado y con anterioridad a la sanción de la Ley N° 24.441, como Mario Carregal en especial, auspiciaron con entusiasmo y energía la figura que nos ocupa.[14]

En resumidas cuentas, la figura fue contemplada en la majestuosa obra de Vélez y lo cierto es que fue derecho positivo en nuestra República desde el 1ro. de enero de 1871.

También merece mención que con anterioridad a la sanción de la Ley N° 24.441 que reguló la figura con mayor grado de detalle que el Código Civil de Vélez, diversas leyes mencionaban al fideicomiso, como por ejemplo la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales en sus arts. 338, 339 y 340.

2.- La Ley N° 23.696.

La Ley N° 23.696 de Reforma del Estado promulgada el 28 de agosto de 1989 declaró la emergencia administrativa de La Nación y como también de la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada.

En lo que al régimen de privatizaciones de entes públicos estatales dispuesta por la mencionada ley, su art. 34 estableció: "Como garantía de pago, los adquirentes comprendidos en un Programa de Propiedad Participada constituirán una prenda sobre las acciones objeto de la transacción, a favor del Estado vendedor o de la Autoridad de Aplicación, en su caso. A ese efecto, las acciones se depositarán en un banco fideicomisario", en tanto su art. 35 expresaba: "La Sociedad Anónima privatizada, depositará en el banco fideicomisario los importes destinados al pago de las acciones previstos en el Acuerdo General de Transferencia y en los artículos 30, 31, 32 y 33 de esta ley. El banco pagará al Estado vendedor o a la Autoridad de Aplicación, en su caso, las anualidades correspondientes, por cuenta de cada uno de los adquirentes".

Es de hacer notar cómo esta moderna herramienta legal del final de la década del ochenta del siglo pasado, hace mención al "banco fideicomisario" como ente depositario del precio de las acciones que serían vendidas como consecuencia del proceso de privatizaciones que creo dicha ley. Vemos como el fideicomiso comienza a obtener carta de ciudadanía en las normas jurídicas más trascendentes de aquellos tiempos.

3.- La Ley N° 24.241.

La Ley N° 24.241 creó un Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), que cubriría las contingencias de vejez, invalidez y muerte y se integrará al Sistema Único de Seguridad Social (SUSS).

Conformaron ese sistema durante la vigencia de la ley: "1) Un régimen previsional público, fundamentado en el otorgamiento de prestaciones por parte del Estado que se financiarán a través de un sistema de reparto, en adelante también Régimen de Reparto, y 2) Un régimen previsional basado en la capitalización individual, en adelante también Régimen de Capitalización".

El art. 3 de la ley textualmente rezaba: "La incorporación al SIJP es voluntaria para las personas mayores de dieciocho (18) años de edad que a continuación se detallan: 1. Los miembros de consejos de administración de cooperativas que no perciban retribución alguna por esas funciones, socios no gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, síndicos de cualquier sociedad y fiduciarios".

En cuanto a las inversiones que fondearían el sistema, la ley disponía: "Criterio general. Inversiones permitidas: Artículo 74.- El activo del fondo de jubilaciones y pensiones se invertirá de acuerdo con criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, respetando los límites fijados por esta ley y las normas reglamentarias. Las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones podrán invertir el activo del fondo administrado en: ... Ñ) Títulos valores representativos de cuotas de participación en fondos de inversión directa, de carácter fiduciario y singular, con oferta pública autorizada por la Comisión Nacional de Valores, hasta un diez por ciento (10 %)".

He traído a colación la Ley N° 24.241 para ejemplificar cómo distintas categorías o conceptos que hacen al fideicomiso continuaban introduciéndose en nuestra legislación de los últimos años de la década de los ochenta del siglo pasado. Así, cuando la ley trata sobre la incorporación al sistema, le da la posibilidad a "fiduciarios" de ser aportantes y beneficiarios de las prestaciones jubilatorias y cuándo se refiere a las inversiones que fondearían el sistema, posibilita hacerlo con la compra de títulos representativos de cuotas en fondos de inversión directa de carácter fiduciario.

4.- La Ley N° 24.441.

La Ley N° 24.441 denominada "Financiamiento de la Vivienda y la Construcción" introdujo en el Sistema Legal Argentino la regulación integral de la institución del Fideicomiso, aunque como veremos enseguida, dicha integralidad adoleció de ciertas deficiencias u omisiones, en el decir de la autorizada doctrina que se abocó a su estudio.

Como quedó dicho, la denominación de la ley ya merece ser analizada: "Financiamiento de la Vivienda y la Construcción". Considerando la difícil situación en la que se encontraban miles de habitantes del país, la ley reguló figuras cuya aplicación práctica tendrían como consecuencia la obtención de recursos económicos - financieros destinados a construir viviendas. Veamos:

La ley tenía trece títulos, indicativos en sí mismos de los altos fines tenidos en miras en su sanción, y noventa y ocho artículos.

Sus títulos eran: 1) Del Fideicomiso; 2) Del Contrato de Leasing; 3) De las Letras Hipotecarias; 4) De los Créditos Hipotecarios para la Vivienda; 5) Régimen Especial de Ejecución de Hipotecas; 6) Reformas al Código Civil; 7) Modificaciones al Régimen de Corretaje; 8) Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión; 9) Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; 10) Modificaciones al Régimen Registral; 11) Modificaciones al Código Penal; 12) Modificaciones a las Leyes Impositivas y 13) Desregulación de Aspectos Vinculados a la Construcción en el ámbito de la Capital Federal.

De la mera lectura del titulado de la ley se advierte claramente que pretendía promover y generar construcciones inmobiliarias destinadas a la vivienda, con herramientas legales que facilitaran el desarrollo y crecimiento de la industria de la construcción.

Dentro de estas herramientas (además de ciertas ventajas impositivas para las inversiones que encuadrasen en la ley, de la simplificación de cuestiones procesales para agilizar situaciones de incumplimientos contractuales, la revitalización normativa de institutos como las letras hipotecarias y fondos comunes de inversión destinados a la canalización de ahorros aplicables a la construcción de viviendas, la modernización del régimen de corretaje inmobiliario), la ley desarrolla los contratos de fideicomiso y de leasing, despejando antiguas dudas, fundadas o no, respecto a si el leasing podría tener como objeto bienes inmuebles.[15]

El art. 1 de la ley definía al fideicomiso de la siguiente forma[16]: "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". Notamos que en el sistema, la ley menciona cuatro partes[17]: 1) Fiduciante (quién transmite la propiedad fiduciaria); 2) Fiduciario (propietario que ejerce su derecho de propiedad, no para sí (notamos que la ley prohibió la coincidencia de la parte Fiduciante con la Fiduciaria)); 3) Beneficiario y 4) Fideicomisario, estableciendo claramente sus roles y prohibiciones, tales como la imposibilidad legal de que coincidan las figuras del fiduciante y fiduciario (la ley expresamente decía que la propiedad fiduciaria es transmitida por el fiduciante a "otra persona": el fiduciario), como también ciertas eventualidades que pudieran producirse durante la vida y fin del sistema, por el cese del fiduciario, o la imposibilidad por la causa que fuese de que el fideicomisario acepte recibir los bienes fideicomitidos.

A su vez, la ley establecía los requisitos que han de constar en el contrato, el plazo máximo del mismo que era de 30 años o su extinción por cumplimiento de su objeto o condición, y lo que es más importante, la creación de un patrimonio de afectación destinado al cumplimiento de la fiducia, que conforma un patrimonio distinto y separado al del fiduciante y fiduciario.[18]

Con sus aciertos y errores -objeto de estudio por destacada doctrina y tratada por meditada jurisprudencia-, la Ley N° 24.441 pretendió regular en forma completa al fideicomiso, con la loable y necesaria finalidad que la inspiró: el Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Como veremos luego, existieron cuestiones que la ley no resolvió tal vez en la forma más adecuada e integral, como es el puntual tratamiento del tema que motiva este informe: la insolvencia del patrimonio fideicomitido. Si bien han de existir motivos de la mentada falta de solución, procuraré más abajo desarrollar tal cuestión.

5.- El régimen especial de administración de Entidades Deportivas con Dificultades Económicas (Ley N° 25.284).

Resulta interesante traer a colación, dentro de la evolución de la figura del Fideicomiso en nuestro país, la Ley N° 25.284. Esta ley, promulgada el 25 de julio de 2001, fue denominada "Régimen Especial de Administración de las Entidades Deportivas con Dificultades Económicas. Fideicomiso de Administración con Control Judicial". Observamos como el legislador continuó fortaleciendo la figura del fideicomiso, introduciendo la figura en la administración fiduciaria de entidades deportivas en estado de cesación de pagos. Así como el legislador en 1994 introdujo la primera regulación integral de la figura del fideicomiso en una ley que fomentaba la construcción de viviendas, volvió a considerar a la institución como mecanismo tendiente a remediar entidades deportivas en dificultades financieras. Aplicando un razonamiento que analógicamente podría sernos de utilidad al valorar las opiniones de los autores contrarias a incluir en el régimen de concursos y quiebras al patrimonio fideicomitido insuficiente para atender los fines del fideicomiso, se opinó sobre este particular régimen de reestructuración de pasivos de una entidad deportiva que: "Consideramos que la sanción de la ley 25.284 constituyó un significativo avance en nuestro derecho concursal dado que resulta evidente que no podemos aplicarles a las entidades deportivas en insolvencia la misma solución concursal que le aplicamos a cualquier otro sujeto. La quiebra no resulta adecuada y eficaz como mecanismo concursal para resolver la insolvencia de las entidades deportivas dado que implica la extinción de la persona jurídica y la liquidación de los bienes del deudor. El fin de liquidación de la quiebra no se corresponde al de una entidad deportiva. En este caso dada la trascendencia social y las implicancias que traería aparejado la liquidación y extinción de las entidades deportivas se prioriza la continuación de las actividades y la reestructuración del patrimonio. Es decir, la liquidación cede ante la necesidad de continuar las actividades de la entidad deportiva, imponiéndose a tal fin un sacrificio a los acreedores que ven postergadas el cobro de sus acreencias en un proceso concursal que como máximo podría durar 12 años".[19]

6.- El Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994).

Tras casi veinte años de vigencia, la ley 26.994 derogó las artículos de la Ley N° 24.441 referidos al fideicomiso, e incorporó en el Código Civil y Comercial, en el Capítulo 30 del Título 4to. del Libro Tercero ("Derechos Personales") un nuevo texto legal del contrato de Fideicomiso. El nuevo régimen legal de la institución está compuesto por 41 artículos redactados en 7 Secciones, tituladas: 1) Disposiciones Generales; 2) Sujetos; 3) Efectos (El art. 1682 expresa que sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria); 4) Fideicomiso Financiero; 5) Certificados de Participación y Títulos de Deuda; 6) Asamblea de Tenedores de Títulos Representativos de Deuda o Certificados de Participación; 7) Extinción del Fideicomiso.

En forma preliminar observamos que el Código Civil y Comercial no enfoca al fideicomiso como un instrumento facilitador específico de una actividad como lo hizo la Ley N° 24.441 que reguló el instituto con una clara orientación al financiamiento de la vivienda y la construcción, sino que la normativa quedó incorporada metódicamente dentro de los contratos legislados en el Libro Tercero del Código Civil y Comercial, con una amplitud como vehículo de negocios encomiable. O como lo hizo la Ley N° 25.284 (régimen especial de administración de Entidades Deportivas con Dificultades Económicas).

Siguiendo a Mario A. Carregal en su obra referenciada en la cita 15[20], sostengo que medularmente el régimen establecido en el Código Civil y Comercial al tratar el Instituto que nos ocupa en sus aspectos generales coincide con el de la Ley N° 24.441, pero los puntos que el Código Civil y Comercial ha aclarado o mejorado son los siguientes:

(i) La Ley N° 24.441 en su artículo 1ro. definía al fideicomiso y no al contrato de fideicomiso;[21]

(ii) Posibilidad de que el fiduciario sea también beneficiario del fideicomiso;[22]

(iii) Introducción expresa del fideicomiso en garantía;[23]

(iv) El fideicomiso testamentario, las universalidades de bienes y la planificación patrimonial;[24]

(v) Posibilidad de inscribir el cambio de fiduciario, sin necesidad de una transferencia expresa de dominio registral;[25]

Dominio Fiduciario[26]: Aclarando que la Ley N° 24.441 se refería al fideicomiso y el Código Civil en su art. 2662 al dominio fiduciario.[27]

En lo que es materia del presente informe, la novedad de trascendencia está contenida en el art. 1687. Dispone dicha norma: "La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente". Volveré sobre esta norma al relacionarla con el régimen legal del concurso preventivo, en el numeral 4 del Capítulo V infra.

IV. Normas aplicables a la insolvencia de un fideicomiso hasta la sanción de la Ley N° 24.441 [arriba]

Desde la sanción del Código Civil y hasta la entrada de vigencia de la Ley N° 24.441, el régimen legal aplicable a la cesación de pagos en caso era el contenido en las respectivas

leyes que regularon la insolvencia, como el Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires sancionado en 1859 que fue adoptado por toda la Nación el 10 de septiembre de 1862 y sus modificaciones, la Ley de Quiebras N° 4.156, la Ley N° 11.719 y la N° 19.551. En estas normas, no se contempla la posibilidad de concursar a un fideicomiso ni su quiebra, pero aplicando los principios generales de personas concursables, dados los requisitos de dichas leyes, considerando el contexto histórico en que rigiesen y la evolución de las mismas, en tanto existiera cesación de pagos de personas físicas o jurídicas comerciantes (requisito necesario en el Código de Comercio redactado por Acevedo y Corregido por Vélez y su reforma en el año 1889[28], y mantenido en la Ley N° 4.156, en la Ley N° 11.719 y en la Ley N° 19.551 con la salvedad de que esta ley legisló sobre los "concursos civiles" para los no comerciantes), según la evolución que presentaron estos cuerpos legales. Estas personas -los comerciantes- podrían concursarse y procurar un concordato con sus acreedores -en caso de concurso preventivo-, o de liquidación colectiva en caso de quiebra hasta el año 1972 cuando se introduce el concurso del no comerciante con los concursos civiles (situación que culminó con la reforma de la Ley N° 22.917 que eliminó las diferencias entre concursos civiles y comerciales). De lo expuesto colegimos que si alguna de las partes que hubieran celebrado un contrato de fideicomiso incurría en cesación de pagos, podrían acudir al remedio legislado en la legislación mencionada. La duda que no despeja la legislación en el estado en que se encontraba, era la suerte que correría el bien fideicomitido mezclado con otros bienes del fiduciario, siendo una posible solución aplicable por analogía tratarla como un patrimonio separado, como lo era el que conformaba el acervo sucesorio en caso de aceptación con beneficio de inventario.

V. Normas aplicables a la insolvencia de un fideicomiso luego de la sanción de la Ley N° 24.441 [arriba]

Durante la vigencia de la Ley N° 24.441, la insolvencia del fideicomiso se encontró regulada en su art. 16, que disponía "Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24".

La ley, expresamente declaró que la insuficiencia de bienes fideicomitidos no habilita la declaración de quiebra del Fideicomiso (que no es sujeto de derecho ni tiene personalidad jurídica), es decir el Fideicomiso no es sujeto susceptible de ser declarado en quiebra. En un escenario de insolvencia y cesación de pagos y sin previsión contractual para superar dicha situación, la ley disponía que el fiduciario será el liquidador del patrimonio de afectación creado por el contrato de fideicomiso -esto es, un patrimonio separado del fiduciante y del fiduciario-, obligándolo a vender (enajenar) los bienes fideicomitidos, para su posterior entrega a los acreedores. A tales efectos, se aplicará el rango de privilegios normado en el régimen falencial. Adviértase la naturaleza extrajudicial dada por la ley al mecanismo de liquidación del patrimonio de afectación fideicomitido en estado de insolvencia.[29] Es notable la falta de control del órgano jurisdiccional en el proceso extrajudicial establecido en la ley, quedando a criterio del Fiduciario liquidador toda la actividad informativa e investigativa en cuanto a los créditos a pagar, lo cual podría generar conflictos de intereses debido a que quien pudiera tener responsabilidad en la insolvencia del fideicomiso como puede ser su fiduciario que no actuó como un buen hombre de negocios (lo cual podría generar un conflicto de intereses), como también afectaciones al derecho de defensa en juicio. No obstante ello, cualquier acreedor que considerase afectado algún derecho podría acudir al órgano jurisdiccional en amparo de su derecho con el mecanismo procesal pertinente, pero parecería ser una carga extraordinaria

cuando bien podría haberse regulado la liquidación de manera más protectoria y controlada con respecto a los derechos de los acreedores.

VI. La Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 [arriba]

La Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 se promulgó con seis meses de posterioridad a la Ley N° 24.441. La Ley N° 24.522 derogó el régimen de concursos y quiebras legislado en la Ley N° 19.551, pero ninguna previsión respecto a la insolvencia del fideicomiso como su posibilidad de ser sujeto concursable fue contemplada en su articulado.

La Ley N° 24.522 en su art. 1, 2do. párrafo, reza: "El concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados" (se mantuvo la redacción de la Ley N° 19.551).

A su vez, continuando con la tendencia legislativa que trataba la problemática del fideicomiso con respecto a debentures y otros títulos emitidos en serie, el art. 14 de la Ley N° 25.589, incorporó en la Ley N° 24.522 el art. 32 bis, con el siguiente texto: "Verificación por fiduciarios y otros sujetos legitimados. La verificación de los créditos puede ser solicitada por el fiduciario designado en emisiones de debentures, bonos convertibles, obligaciones negociables u otros títulos emitidos en serie; y por aquél a quien se haya investido de la legitimación o de poder de representación para actuar por una colectividad de acreedores. La extensión de las atribuciones del fiduciario, del legitimado o del representante se juzgará conforme a los contratos o documentos en función de los cuales haya sido investido de la calidad de fiduciario, legitimado o representante. No se exigirá ratificación ni presentación de otros poderes". Comenta Rouillon sobre esta incorporación: "Este artículo, introducido en la legislación concursal por la ley 25.589, viene a llenar el vacío legislativo que se creó en el sistema normativo argentino cuando la ley 24.522 fue sancionada sin regular el problema de la concurrencia de los acreedores debenturistas (como lo hacía la ley 19.551), titulares de obligaciones negociables o tenedores de bonos u otros títulos emitidos en serie. La regla contempla con amplitud la legitimación activa para la verificación de los créditos de los acreedores mencionados más arriba. No solo el fiduciario, sino también cualquier sujeto investido de legitimación o poder de representación por sus respectivos representados o por la colectividad de acreedores respectiva, pueden solicitar la verificación de las pertinentes acreencias".[30]

No obstante, hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, a la situación de insolvencia de un fideicomiso se aplicaba lo normado en el artículo 16 la Ley N° 24.441. Ello así, debido a que el art. 16 de la Ley N° 24.441 excluyó expresamente a los bienes fideicomitidos del régimen de Concursos y Quiebras.

VII. La insolvencia del fideicomiso en el Código Civil y Comercial [arriba]

Como ya fue anticipado en el numeral 6 del Capítulo V supra, el Código Civil y Comercial vigente desde el año 2015, trajo una novedad en el status quo legal imperante hasta su vigencia.

La novedad está dada en el art. 1687 en tanto dispone:

- Que ante la cesación de pagos del fideicomiso, referida como "la insuficiencia de los bienes fideicomitidos" al igual que lo hacía el art. 16 de la Ley N° 24.441, dicha circunstancia "no da lugar a la declaración de su quiebra" (del fideicomiso). El Código Civil y Comercial, por lo tanto, declara sujeto no concursable o susceptible de ser declarado en quiebra al Fideicomiso. Es necesario tener presente el carácter que tienen los bienes fideicomitidos en tanto conformaron un patrimonio de afectación no susceptible de ser agredido por los acreedores del fiduciante ni del fiduciario (con respecto a este último,

son de aplicación en su respecto los principios generales de la responsabilidad civil como expresamente lo dispone el citado artículo).

- Que dada dicha insuficiencia patrimonial, a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales que permitan superar la insolvencia, procede su liquidación. La liquidación -y aquí apreciamos la importante novedad-, está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para los concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

La diferencia que se observa entre el régimen del fideicomiso de la Ley N° 24.441 y el Código Civil y Comercial está dada en que en la primera, en su artículo 16, la insuficiencia de los bienes fideicomitidos y su insolvencia determinan su liquidación privada o extrajudicial a cargo del fiduciario -con los cuestionamientos que ello implica-, y la liquidación judicial del art. 1687 del Código Civil y Comercial debiendo el juez "fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente".

VIII. Primera aproximación a una conclusión [arriba]

De la reseña que procuré realizar sobre la evolución normativa de la insolvencia del fideicomiso, concluyo en que la previsión del art. 1687 del Código Civil y Comercial representa un avance en la problemática de la insolvencia de un fideicomiso.

El hecho de que se haya mutado de un sistema de liquidación extrajudicial a cargo del fiduciario, quien probablemente tenga cierta responsabilidad en el estado de cosas que determinó la insolvencia en razón de que él es propietario en fiducia y administrador de los bienes fideicomitidos, a una liquidación a cargo y en cabeza del juez competente, constituye sin lugar a dudas en mi opinión, un avance significativo y, por qué no decirle, una mejora que brinda mayor seguridad jurídica a los operadores económicos e inversores. En la conclusión final, luego de repasar la opinión de algunos autores y pronunciamientos judiciales, ampliaré mi opinión definitiva.

IX. Doctrina: La opinión de los autores. Sobre la existencia e interés práctico del instituto del fideicomiso y el dominio fiduciario y el tratamiento legal de la insolvencia, cesación de pagos y concurso preventivo [arriba]

1.- Antes de la vigencia de la Ley N° 24.441:

Algunos autores, como el caso del Dr. Borda ya referido, restaban toda importancia práctica al Fideicomiso (ver Capítulo III y cita 11 supra).

Otros autores, negaron la existencia del fideicomiso o se manifestaron contra toda utilidad o interés práctico en el instituto. Entre ellos, se encuentra uno de los primeros comentadores del Código Civil Argentino como lo fue Segovia[31], quien sostuvo que esta figura (el dominio fiduciario) estaba prohibida en el derecho argentino, "pues estaría prohibido todo tipo de fideicomiso, aún singular: en este sentido Segovia invoca los arts. 3724, 3731, 3732 inc. 1ro"[32].

Para Salvat el dominio fiduciario no tiene aplicación ni siquiera en el terreno de los actos jurídicos entre vivos.[33]

Llambías y Alterini, en su Código Civil Comentado[34], expresan textualmente: "Nos inclinamos decididamente por su existencia jurídica[35], habida cuenta de que el art. 2661 alude a él y el art. 2662 lo caracteriza y aun el art. 2841 lo presupone. La prohibición de fideicomisos universales por el art. 3724 no debe invocarse para impedir los fideicomisos

singulares". La obra citada salió de imprenta el 16 de agosto de 1984, es decir aproximadamente 11 años antes de la publicación de la Ley N° 24.441 lo cual le suma aún más interés a la opinión de estos juristas sobre el dominio fiduciario. Héctor Lafaille se pronunció sobre la existencia del fideicomiso, aunque con mención de su poca aplicación práctica en el volumen II del tomo IV de su Tratado de los Derechos Reales, número 986.

2.- Durante la vigencia de la Ley N° 24.441.

La regulación integral del instituto -sin perjuicio de ciertas omisiones o cuestiones tratadas en forma insuficiente como precisamente lo fue la problemática de la liquidación del fideicomiso- tuvo en general, favorable acogida por la doctrina nacional.

En ese sentido, Claudio M. Kiper, quien es categórico en cuanto a la existencia de la figura del fideicomiso, los negocios y dominio fiduciarios. Entiendo que en cuanto expresa que "Solo resta interpretar las normas en juego para encontrar las soluciones apropiadas y, obviamente, esperar que los particulares le den vida a esta figura tan aplicada en otros países", esboza el mencionado autor una visión positiva y prácticamente útil de la figura.[36] Ahora bien, en lo que a la "Insolvencia del patrimonio del fideicomiso. Liquidación", expresa el mencionado autor textualmente: "Luego de expresar en su primera parte que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones del fideicomiso y que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos[37], la disposición establece el procedimiento que deberá seguir el fiduciario en caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario para cubrir las deudas contraídas. Ello, dice, no dará lugar a la declaración de su quiebra, sino que se procederá a su liquidación, a falta de otros recursos provenientes del fiduciante o del beneficiario -según disponga el contrato-. Dicha liquidación estará a cargo del fiduciario. Él deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios para la quiebra…Otra vez sale a relucir el carácter totalmente esquemático y poblado de lagunas que presenta la ley en relación al título I: "Del fideicomiso", pues naturalmente la liquidación de un patrimonio de la naturaleza del que estamos comentando, debió ser legislado de modo tal de ofrecer todas las garantías a las partes y a los terceros, siguiendo los lineamientos del régimen del concurso, legislado por la L. Q.".[38]

Por su parte, Mario A. Carregal siempre admitió la existencia y utilidad práctica del fideicomiso y el dominio fiduciable, antes, durante y con posterioridad a la vigencia de la Ley N° 24.441.[39]

Francisco A. Junyent Bas, en su obra "La "Insuficiencia" del patrimonio fideicomitido a la luz del art. 16 de la Ley N° 24.441. El trámite liquidatorio: ¿un proceso "extrajudicial" o "paraconcursal"?[40], opina: "…La estructura de la ley 24.441 pretende excluir del patrimonio fideicomitido del régimen del concurso preventivo y la quiebra, supliéndolo por un sistema de liquidación que no regula en forma específica. La doctrina se preocupó por la posibilidad de que este patrimonio fideicomitido acosado por las deudas se volviera insolvente y se provocara, en consecuencia, su quiebra. La norma contenida en el art. 16 de la ley 24.441 prohíbe esa posibilidad, y en su lugar dispone, lisa y llanamente, la liquidación del patrimonio por el fiduciario, en forma extrajudicial, pero repartiendo el producido de la realización de los bienes según los privilegios de la ley de quiebras. En una palabra, liquidación sin quiebra…b) El vacío normativo. Tal como se advierte, hablando de insuficiencias, "la normativa" es de una "pobreza" llamativa, pues el precepto se limita a vedar la quiebra, nada predica de los remedios preventivos y parece realizar una opción por la vía "extrajudicial" realmente patética por las "lagunas jurídicas" que conducen a una serie de dudas y perplejidades". Continúa expresando Junyent Bas una interesante postura cuando expresa en la pág. 9, punto IV a) del trabajo citado[41] que: "…corresponde advertir que ante el vacío normativo se impone la vigencia del art. 16 del Código Civil, es decir, la aplicación analógica de la ley que regula la liquidación patrimonial en caso de insuficiencia, que no es otra que la ley 24.522". Queda más que clara la opinión negativa

del autor respecto de la forma en que la Ley N° 24.441 ha legislado la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, optando dicho autor por la solución contenida en la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 ante la situación de insolvencia patrimonial que nos ocupa.

En su trabajo "Insolvencia y Fideicomiso", publicado en el suplemento "La Ley" en fecha 07/02/2005, Darío J. Graziabile, se expide en forma crítica al sistema de liquidación del fideicomiso por insuficiencia de los bienes fideicomitidos establecido en el art. 16 de la Ley N° 24.441. Expresa textualmente el autor mencionado en el trabajo citado que "La idea de la ley de excluir al fideicomiso de la complicación que significa el proceso concursal de la Ley N° 24.522 le ha jugado en contra porque ha dejado en principio un vacío sobre el particular y necesariamente debe estarse ante un órgano fiscalizador que no podrá ser otro que la administración de justicia. Se complica más la cuestión atendiéndose a que, en general, en la praxis, convencionalmente no se determina un procedimiento de liquidación ya sea para el caso de cese del fideicomiso o para el caso de su insolvencia". En las conclusiones de su trabajo, el mencionado autor se expide en forma crítica sobre la figura, en los siguientes términos: "Si bien la ley 24.441 ha creado una figura sin mayores rigorismos, sustrayéndola de los cánones legales comunes, a fin de posibilitar su utilización en la negociación comercial lo cierto es que aun hoy la institución sólo ha sido vista con practicidad y utilidad en ciertos casos puntuales sin que haya seducido al operario económico "común" o aun hoy, éste no ha podido ver sus bondades".[42]

Con ojos críticos se pronuncia Daniel Truffat sobre el tratamiento legal de la insolvencia y cesación de pagos del fideicomiso en su ponencia en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal "Tendencias y necesidad de reformas del Derecho Concursal ante la Crisis Global", México, D.F. 17 a 19 de mayo de 2012, titulado "La Conflictiva relación entren el fideicomiso y la cesación de pagos", quién en la pág. 14 de su ponencia, textualmente manifiesta: "Cuando el emprendimiento fracasa la ley 24.441 trae una previsión muy particular que pretende preservar la liquidación del patrimonio fideicomitido del régimen falencial. El art. 16 predica que no se decretará la quiebra, sino que se procederá a la liquidación por el fiduciario (que solo tiene que respetar los privilegios estatuidos en la ley concursal). ¿Esto quiere decir que si la liquidación del fideicomiso arroja resultado negativo la ley estatuye la extinción de los créditos y una suerte de "Paga Dios"? La letra de la ley parece prever tal disparate. Y, por ello, se coloca en situación de flagrante inconstitucionalidad (dado que las leyes deben ser racionales, C.N. art. 28.".[43]

En forma inminente a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, Rodolfo G. Papa consideraba en términos favorables a la figura y su inminente reforma: "La estructuración de este modelo de negocio, vía constitución de un fideicomiso, como su "vehículo", exhibe un amplio margen de flexibilidad, adecuado a sus características distintivas, atendiendo al rol asumido por sus posiciones internas, y a cuál sea su finalidad, la que deberá materializarse a través de la construcción del contenido de sus previsiones contractuales… La vigencia del Código Civil y Comercial unificado, prevista para el próximo 1 de enero del 2016, ha regulado al fideicomiso como un contrato típico, y es consistente con el actual tratamiento otorgado por la ley 24.441, mejoraría ciertos temas sustantivos en su funcionamiento, que habían sido también considerados por nuestros tribunales, en especial, el reconocimiento del fideicomiso con fines de garantía, la superposición de roles entre el fiduciario y el beneficiario (aunque con limitaciones); la posibilidad de adoptar medidas cautelares conservatorias sobre la gestión del patrimonio fideicomitido en caso de un supuesto de acefalía en el ejercicio de la administración fiduciaria y la posibilidad de liquidar judicialmente el patrimonio fideicomitido".[44]

3.- Con la vigencia del CCC.

Para Mario A. Carregal, en su trabajo "Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso" textualmente expresó:[45] "…El Código Civil y Comercial ha transformado en

ley muchas de nuestras interpretaciones de la ley 24.441, sin perjuicio de lo cual ha mantenido -o ha incluso empeorado, como en el caso de creación de registros supuestamente universales de contratos de fideicomiso- algunas disposiciones que ya habíamos señalado como inconvenientes. De todos modos, creemos que el balance de la nueva legislación es positivo…". Es decir, Carregal se ha pronunciado en forma positiva respecto de la nueva legislación del Código Civil y Comercial, pero con una reserva crítica de las cuestiones transcriptas en su trabajo (en especial, la creación de los registros y en cuanto al límite del plazo de 30 años que, en la obra citada, considera que debió haberse ampliado). También en el trabajo citado, y con directa relación a la problemática de la insolvencia y el concurso del fideicomiso, expresó Carregal: "3. Insuficiencia del patrimonio fideicomitido. También aquí hay algo que decir. La ley 24.441 establecía que ante la situación que se describe en el título, el propio fiduciario debía liquidar los bienes fideicomitidos, vendiendo los bienes y entregando el producto obtenido a los acreedores, observando el orden de privilegio establecido para las quiebras (artículo 16 de la ley 24.441), con la excepción de los fideicomisos financieros, que según la mencionada ley y el Código Civil y Comercial, tienen su propio sistema de liquidación. Va de suyo que si cualquiera de los acreedores del fideicomiso no estuviese conforme con lo resuelto por el fiduciario, tenía abierta la vía judicial y en ese espacio habrían de definirse los conflictos existentes. Es decir, implícitamente la justicia actuaba en forma subsidiaria. En cambio ahora es menester recurrir siempre al juez (artículo 1687, CCyN), aun cuando exista un solo acreedor que esté conforme con lo que resuelva el fiduciario. Otra vez, la adición de costos, de trámites y de tiempo que no son siempre necesarios. No nos convence esta modificación. Felizmente, se ha mantenido la imposibilidad de declarar en concurso a un fideicomiso".[46]

Por su parte, Eduardo M. Favier Dubois (h.) opinó que "El régimen de concursos y quiebras. Si bien en los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación se afirma que éste no reforma a la ley de concursos y quiebras 24.522, lo cierto es que muchas de sus disposiciones impactan sobre el sistema concursal vigente generando importantes cambios… Una importante novedad es la introducción del procedimiento de "liquidación sin quiebra del fideicomiso insolvente" (art. 1687), donde consideramos que el fiduciario debe ser desplazado de la administración, debe intervenir el juzgado concursal, nombrarse a un síndico concursal de la lista y procederse a la liquidación de los bienes, sin otros efectos, pudiendo solicitar la apertura del procedimiento tanto las partes del fideicomiso como los acreedores".[47]

Con su ojo agudo contra abusos e ilegalidades y la profundidad crítica que lo caracteriza, se pronuncia Ernesto Martorell sobre la Ley N° 24.441 y el Código Civil y Comercial: "Lo que sucedió después es conocido por todos y se ajusta al diagnóstico efectuado hace años por Jaime Anaya al que me refiriera en la primera parte de este trabajo, en cuanto "novedad jurídica", el fideicomiso despertó "en nuestro medio expectativas y entusiasmos desmedidos", y terminó proyectándose "en aplicaciones injustificadas, exageradas y hasta deformantes", y convirtiéndose -para utilizar palabras del entrañable Osvaldo Maffía, "En un perejil apto para todas las salsas"-. Por otra parte, y a partir de 1994 transcurrió más de una década sin que se intentara otra cosa en materia bibliográfica que trabajos que, casi sin excepción, evitaron poner de manifiesto que la ley que regulaba la figura, harto deficiente, por cierto, había omitido concebirla -según es costumbre en estas tierras atlánticas- desde una concepción unitaria del derecho y con una visión integradora de los diversos ordenamientos (sucesorio, societario, concursal, y un largo etcétera), creando una especie de "alien" propio de las películas de Ridley Scott. Fue precisamente por ello; a raíz del dictado de varios precedentes jurisprudenciales y de la ocurrencia de situaciones verdaderamente escandalosas -como el caso "Skanska"- que por esos tiempos concebí una serie de trabajos sobre la figura, que con toda seguridad fueron los más críticos y duros publicados en la materia, en una época en que costaba seriamente conseguir algún coautor para encarar dicha tarea por el enorme predicamento que había alcanzado la figura, y por la falsa creencia de que destacar sus "horrores" regulatorios desalentaría su utilización en lugar de crear convicción en la necesidad de su reforma. Ello, claramente, reactivó el

interés académico por el fideicomiso, motivando la publicación de una verdadera "catarata" de artículos posteriores. Algunos, de autores que hacía años que escribían poco y nada, y otros, más orientados a "disparar sobre el emisario" que a efectuar aporte digno de ponderación pero que, en todo caso, pusieron sobre el tapete el debate sobre los groseros errores que exhibía el instituto, internalizando en los operadores jurídicos y económicos la idea cierta de que, o se reformaba la Ley N° 24.441, o se corrían graves riesgos de daño social si la comunidad optaba "por seguir bailando en el Titanic". Muchos de quienes controvirtieron con enojo mis severas críticas al texto de la Ley N° 24.441 cuando estaba vigente, afirmando que lo que se iba lograr era desalentar la recurrencia a una figura elevada al nivel de panacea, ponderaron públicamente luego su reformulación integral en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Sean como fueren las cosas, creo que el haberme revelado en una primera etapa en solitario y luego acompañado contra el "...dejar en paz lo que funciona bien" -que, en los hechos, no funcionaba bien nada-, aun a costa de que el respetado Mario Carregal me imputara ".....denostar al fideicomiso", coadyuvó a que en la actualidad -frente a la verdadera "catarata", repito, de fideicomiso llevados a los tribunales de todo el país, fruto de la debacle que la deficiente normativa que la mayor parte de los autores defendía (Ley N° 24.441) se mostró incapaz de reencauzar- se cuente desde el 1/8/2015 con un herramental de mucha mejor alcurnia jurídica que aquella normativa sabiamente derogada”.[48]

Por otra parte, tenemos la opinión de Carlos A. Molina Sandoval, quien ve con beneplácito la reforma introducida a la temática de la cesación de pagos por insuficiencia de los bienes fideicomitidos. El referido autor, textualmente expresa: “El nuevo art. 1687 del Cód. Civil y Comercial (CCC), mantiene la prohibición de la declaración de quiebra del fideicomiso prevista por la ley 24.441, pero produce un cambio de paradigma fundamental en el esquema liquidativo. La liquidación del fideicomiso ha dejado de estar "privatizada" (ya no está a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores, conforme el orden de los privilegios, como decía el art. 16, Ley 24.441) y hoy se ha "judicializado". El mencionado precepto señala que en el supuesto de que los bienes fideicomitidos sean insuficientes para atender esas obligaciones "y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según provisiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente". El cambio es muy importante, porque el hecho de que la liquidación esté, por previsión del propio Cód. Civil y Comercial, a cargo de un tribunal, permite tomar decisiones más adecuadas para la solución de los conflictos plurisubjetivos y pluriobjetivos que pueden suscitarse en torno al fideicomiso (como patrimonio de afectación de contenido dinámico y con posibilidad de interactuar frente a terceros). Además, esta "judicialización" de la liquidación va a permitir generar una jurisprudencia adecuada y consistente para ir resolviendo las distintas cuestiones y problemas que genera la liquidación de un fideicomiso en caso de que los bienes existentes no sean suficientes para cubrir, al menos en lo corriente, el pasivo fideicomitido. Si en el contrato hay un pacto de arbitraje para estos conflictos, éste es inoponible para los acreedores y demás interesados y el árbitro carecerá de facultades para llevar a cabo la liquidación judicial”.[49]

También se pronuncia favorablemente respecto a la reforma establecida en el art. 1687 del Código Civil y Comercial Silvio V. Lisoprawski, en tanto expresa: “Se pueden advertir tendencias y criterios comunes en los procesos de liquidación revisados, aunque no es dable predicar uniformidad en todos los aspectos. No es criticable, porque precisamente el régimen del art. 1687 no supone la aplicación lineal ni rígida de la LCyQ. Sin perjuicio de ello, a medida que se produzcan fallos en la instancia superior, creemos que en algunas cuestiones se sentarán criterios uniformes de "pertinencia" o "impertinencia". 1. Dentro de pocos meses se cumplirán tres años de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.). El propósito principal es el de intentar demostrar que el nuevo régimen de liquidación judicial instaurado para el contrato de Fideicomiso está dotado de previsibilidad y seguridad jurídica. Que el margen de discrecionalidad es más limitado y estrecho de lo que parece a primera vista. 2. En lo que respecta al fideicomiso

(arts. 1666/1700), el art. 1687 intenta dar un principio de solución a una de las cuestiones que provocó severas críticas de la doctrina respecto del régimen que preveía el derogado art. 16 de la ley 24.441 en el supuesto de "insuficiencia" del patrimonio fiduciario para responder a las obligaciones imputables a esa esfera. En ausencia de remedios convencionales, la norma confiaba la liquidación de lo que quedara del patrimonio al fiduciario y el pago a los acreedores, mediante un régimen de "extrajudicialidad" extrema, inorgánico y voluntarista. 3. El legislador del Cód. Civ. y Com. puso final esa laguna. Mantuvo el fideicomiso fuera del régimen del concurso preventivo y la quiebra, siguiendo así la impronta de la ley 24.441 (arts. 16 y 24), con una solución intermedia entre el régimen de extrajudicialidad extrema del anterior sistema y la incorporación lisa y llana del fideicomiso como un sujeto más de los que están comprendidos en la ley 24.522 (art. 2º). En su momento dijimos que no debería aplicarse linealmente la normativa de la LCyQ, 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 LCyQ”.[50]

Gastón A. Zavala y Karen M. Weiss, en su comentario al art. 1687 del Código Civil y Comercial y su relación con la Ley N° 24.441, opinan: “Dos son las cuestiones trascendentes en este artículo, por un lado la liquidación judicial y por el otro la aplicación de las normas de la quiebra. La crítica principal a la ley 24.441 en cuanto al método extrajudicial de liquidación del fideicomiso insolvente, era precisamente que quien provocaba la insolvencia era quien tenía a su cargo la liquidación del mismo y su distribución entre los acreedores. La nueva norma avanza sobre la cuestión y determina que sea el juez quien la realizará, pero a diferencia del sistema anterior donde se consideraba de aplicación la ley 24.522 sólo con respecto a la distribución de lo obtenido respetando el régimen de privilegios, ahora ese mismo juez es quien debe fijar el procedimiento aplicable sobre la base de las normas previstas en la citada ley. Se establece una solución intermedia entre la extrajudicialidad extrema y la incorporación lisa y llana del fideicomiso como sujeto pasible de concurso o quiebra; compatible con las características de multifuncionalidad de la figura como continente de una variedad casi inagotable de negocios”.[51]

Con ojos críticos, opina Sebastián Scoccia al comentar la reforma del Código Civil y Comercial: “Este artículo viene a sustituir el actual art. 16. No hay muchos cambios en lo que hace a la letra, pero ellos son más que significativos. Primero agrega una oración que, si bien no existe en la actual redacción, no era necesaria su inclusión. Esto es, la aclaración de que el fiduciante, así como el beneficiario y los fideicomisarios no responden por el accionar del fideicomiso. Esto es más que obvio. Sobre todo en el caso de los dos últimos. ¿De qué manera podría responder con su patrimonio un sujeto que no tiene injerencia alguna en la administración fiduciaria y recibe sólo los frutos de él? Imaginamos como caso ejemplificativo el reparto de frutos fiduciarios al beneficiario y que éstos se confundan de tal manera con su patrimonio individual que no podría determinarse lo recibido. Pero aun en ese caso, en que podría funcionar la acción de enriquecimiento sin causa, suponiendo que el fideicomiso actuó ilegítimamente, el beneficiario responderá con lo percibido o, si no puede determinarse, con el valor de lo percibido. Pero no podría extenderse al resto de su patrimonio el reclamo que el perjudicado pudiera hacer en exceso de ese beneficio. Por consiguiente, aun este caso de laboratorio, los patrimonios de los beneficiarios y fideicomisarios están resguardados. Esto es la esencia misma y el éxito de la figura desde el año 1995. Sin esa separación patrimonial que implica la separación de responsabilidades, no tendría mayor sentido recurrir a esta figura. Lo mismo se aplica para el fiduciante. Su intención es eliminar su responsabilidad, trasladándola al fiduciario y el patrimonio fideicomitido. Y al igual que los anteriores, al no tener gestión sobre los bienes, mal podría ser responsable por la administración de ellos. Por supuesto, si cualquiera de ellos asume el compromiso de hacerse cargo de las obligaciones del fideicomiso, tal actitud será válida, como si fuera una fianza que prestara cualquier tercero. Sí dispone la responsabilidad del administrador para cuando, según la ley, haya algún tipo de transgresión. Tampoco agrega

mucho a lo ya existente, pero habiéndose mencionado el tema, afortunadamente lo deja suficientemente amplio para no limitarlo. Posteriormente, este artículo dispone que, en caso de insuficiencia de bienes, el patrimonio fiduciario no quiebra. Sin embargo, en caso de que los fiduciantes o beneficiarios no aporten más bienes, entrará en causal de liquidación, la que debe hacerse necesariamente por la vía judicial, quien deberá fijar el procedimiento. Como mencionamos en la audiencia pública que se hizo en la ciudad de Bahía Blanca, en el marco de la Universidad Nacional del Sur, cuando se trató el tema de la reforma de este Código de unificación, entendemos que esta norma no es afortunada. Durante diecisiete años los fideicomisos han convivido con nosotros, con un régimen mayormente autónomo, dejándose el procedimiento de vida y liquidación del fideicomiso a lo que las partes habían pautado. En ese período de tiempo no se han producido hechos que hayan merecido la intervención judicial en lo que hace a liquidaciones de fideicomisos. Sólo un caso, del cual hemos tenido conocimiento, y se dio porque el contrato, al estar mal confeccionado, no disponía qué debía hacerse ante esta situación. El juez comercial salvó la situación designando un liquidador, pero sabiamente mencionó que no correspondía a él fijar el procedimiento, sino al administrador designado. Y así se hizo. Efectivamente, no correspondería arreglar lo que no está roto. Ninguno de los cientos de miles de fideicomisos ha necesitado la intervención de un magistrado para solucionar sus problemas en este aspecto. Y no puede decirse que, por ser una figura reciente, aún no hay casos al efecto. Vamos a arribar a las dos décadas del funcionamiento de un instituto que, quizás, haya sido la figura comercial más utilizada en los últimos tiempos. La muletilla de que "ya vendrán los miles de casos judiciales de los fideicomisos abusivos" la venimos escuchando hace años, más pareciera por una cuestión de deseo de quienes denigran la figura que por un dato exacto de la realidad. Por otro lado, sabemos dónde finalizan las liquidaciones judiciales. Sólo debemos remitirnos a la liquidación de las sociedades de hecho, disoluciones de condominio y ni hablar de aquellos procesos que tienen un procedimiento especial, como la ley 24522, tan conocida por todos nosotros. Seguramente habrá muchísimas excusas y razones para explicar por qué un procedimiento liquidativo, que debería tender a ser rápido para satisfacer el interés de los acreedores damnificados como quiere la ley, se eterniza en la práctica en procesos judiciales que no es raro que superen la década. Se dice también que no es coherente que un particular sea el que liquide un patrimonio, ya que no se le da seguridad a los acreedores. Me pregunto, ¿qué función tiene el liquidador de las sociedades anónimas? ¿Éste sí da seguridad a los acreedores? ¿Qué diferencia habría con el administrador fiduciario?… Además, dejar en manos de cada magistrado elegir el sistema de liquidación que considere pertinente puede resultar en una multiplicidad de sistemas, conforme la imaginación de cada juez, con la consiguiente inseguridad jurídica. Porque cuando actualmente el contratante o cualquier agente que rodea el fideicomiso toma contacto con él, al leer el reglamento o contrato de constitución, sabe perfectamente cómo se hará la distribución o se actuará en caso de liquidación. Con esta reforma estará ciego ante esta circunstancia, sin saber qué expondrá el juez que le salga sorteado. En resumen, ni por el grado de supuestos damnificados que se trata, ni por la rapidez del sistema, ni por la comparación con figuras similares se entiende que se busque judicializar la liquidación de un fideicomiso. Sin perjuicio de todo lo expuesto, no podemos dejar de señalar que quizás el art. 16 actual no sea el mejor redactado, ya que induce al fiduciario a que para liquidar debe proceder a enajenar todos los bienes, cuando, dependiendo de los activos fideicomitidos, pueden existir opciones mejores que la venta indiscriminada, por citar un ejemplo. Tampoco es feliz la redacción cuando dice que entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra. En este sentido, la reforma ha mejorado la redacción y ha mutado, disponiendo que se debe usar un procedimiento sobre las bases de las normas para los concursos y las quiebras. Para culminar con este punto, creemos que el art. 16 actual es uno de los pocos que debe necesariamente ser modificado y ésta hubiera sido una excelente oportunidad.[52]

X. Jurisprudencia [arriba]

A continuación se mencionarán fallos escogidos mayormente por su originalidad, en los que se ha tratado la problemática del alcance de la figura del fideicomiso, la cesación de pagos y liquidación del fideicomiso y las soluciones brindadas por los jueces:

La Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sostuvo. “Pacto de Fiducia: la garantía mediante la venta de un terreno con pacto de fiducia no está admitida en nuestro derecho, sin que pueda hacérsela revivir en virtud del principio de la libertad contractual -art. 1197-”.[53]

En un antiguo pronunciamiento judicial citado por Llambías y Alterini, la Sala Primera de la Cámara Civil de la Capital Federal sostuvo que “La adquisición de un inmueble por varios compradores con dinero de una asociación a la cual sería transferido el dominio una vez obtenida su personalidad jurídica, configura un dominio fiduciario con pluralidad de titulares”[54]. En este caso, un grupo de personas que habían comprado un inmueble con dinero y para la asociación Sociedad Socorros Mutuos y Protección al Enfermo de Villa Sahores, a la cual se comprometieron a transferir el dominio cuando le fuese otorgada su personería jurídica, que a la fecha de la compra se encontraba en trámite por ante el Poder Ejecutivo. La personería jurídica no le fue otorgada a la mutual y los compradores demandan el cese de la gestión oficiosa de administración realizada por el presidente del ente, quien pide el rechazo de la demanda aduciendo que si bien la asociación no obtuvo su personería, la escritura de compra indicando la procedencia del dinero y el destino del bien, junto a los estatutos suscriptos por todas las partes indicaban que se trató de un dominio fiduciario con pluralidad de titulares (art. 2662 del Código Civil) y rechazó la demanda. La Cámara, en fallo del 28 de junio de 1946 confirmó la sentencia de primera instancia.[55]

En autos “Hernández, Julián c/ Fiducia S.A.”, se resolvió: “Cabe revocar la sentencia que, si bien condena al fiduciario a rendir cuentas, rechaza la pretensión del fideicomitente de que se cumpla con el contrato debido a que éste lo había rescindido, pues, si de la ley y del plexo contractual resulta que la demandada está obligada a rendir cuentas, el actor estaba en su derecho de exigir el cumplimiento de ese deber, o sea, del contrato mismo, no obstante la rescisión”.[56]

En autos “Badino, Héctor Enrique c. Fiduciaria Arroyo Dulce S.A. s/ejecutivo s/ incidente de apelación (art. 250 CPCC)”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F de fecha 30/08/2011 (Cita Online: AR/JUR/54981/2011), respecto al embargo trabado sobre un inmueble propiedad de una sociedad fiduciaria, se sostuvo que “Es procedente confirmar la resolución que en el marco de un proceso en el cual se reclaman obligaciones surgidas de un contrato de fideicomiso, rechazó el pedido formulado por el fiduciario en orden al levantamiento del embargo decretado sobre un inmueble, siendo que el Registro de la Propiedad informó que aquel es titular pleno del dominio en tanto figura adquirido por compraventa y no como dominio fiduciario.2 - Siendo que de acuerdo al art.12 de la ley 24.441 el fiduciario no adquiere la propiedad plena de un inmueble sino sólo la fiduciaria, que está sujeta al régimen de imperfección previsto en el Código Civil y en aquella ley, el cuestionamiento por aquel respecto de un embargo trabado sobre el bien, requiere probar que efectivamente no es titular dominial”.

La sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en los autos “Fideicomiso Ordinario Fidag”, de fecha 15/12/2010, Cita Online: 201110398[57] Mandatos y Recuperos SRL, si bien se trataba de un fideicomiso en garantía (y no de administración como el que fue referido en el presente informe), sostuvo que “si bien el art. 16 Ver Texto, ley 24.441, prevé que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos no dará lugar a la declaración de quiebra, dispone al propio tiempo que "...En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios

previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del art. 24". Ello implica que, ante la falta de recursos el fiduciario debe liquidar los bienes enajenándolos y entregando el producido líquido a los acreedores del fideicomiso conforme al orden de privilegios previsto para la quiebra, quedando a salvo el caso del fideicomiso financiero que se rige por el art. 24 Ver Texto (Carregal, Mario A., "Fideicomiso: teoría y aplicación a los negocios", 1ª ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008). Si bien se ha considerado que en el procedimiento previsto en el art. 16 Ver Texto, ley 24.441, para la liquidación del patrimonio fideicomitido predominan la extrajudicialidad (ver Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V., "Tratado de fideicomiso", 2ª ed., Ed. LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2004) y la autonomía de la voluntad (ver Games, Luis M. y Esparza, Gustavo A., "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 (ver fs. 137/138). Y no se aprecia óbice para que el fiduciario solicite -como sucede aquí- que ese procedimiento se lleve a cabo judicialmente. 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".

En los autos "Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/ Liquidación Judicial", se resolvió que "La insuficiencia de bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del contrato no da lugar a la declaración de quiebra del fideicomiso, de la persona del fiduciario, ni tampoco del patrimonio fideicomitido sino que, tal como lo prevé su régimen regulatorio, debe procederse a su liquidación".[58]

En autos "Fideicomiso Erre s/ Liquidación Judicial", se dispuso: "El proceso de liquidación de un fideicomiso fue bien rechazado, pues habilitarlo al solo fin de esclarecer la incertidumbre jurídica que genera la presencia de concurrentes reclamos sobre idénticas unidades funcionales excede con creces la continencia de lo dispuesto por el art. 1687 del Cód. Civ. y Com".[59]

En autos "Fideicomiso "Montevideo I" o "Touluse I" s/ Liquidación Judicial, se resolvió: "El fiduciario es el principal legitimado para demandar la liquidación del patrimonio del fideicomiso, en tanto es el responsable de su administración".[60]

En autos "Fideicomiso Inmobiliario Panorámico Liquidación Judicial (Mutuales Cías. De Seguro", se dispuso que: "El pedido de liquidación judicial de un fideicomiso inmobiliario debe canalizarse mediante la normas del proceso concursal, dado que si el propósito que persigue la norma del art. 1687 del Código Civil y Comercial al establecer la liquidación judicial de los fideicomisos, es que la insuficiencia del patrimonio fideicomitido obtenga la misma solución procedimental que la Ley de Concursos y Quiebras aplicándolas "en lo que sea pertinente", no se atisban razones para prescindir del procedimiento previsto por la ley concursal para encauzar el pedido de liquidación peticionado por un tercero ajeno al contrato".[61]

XI. Conclusiones [arriba]

1) Desde los albores de los tiempos, la existencia del fideicomiso como acto jurídico de confianza, fue ideado por el genio jurídico de los romanos y desde su gestación tuvo un desarrollo creciente y constante hasta nuestros días.

2) La figura del fideicomiso es incorporada en nuestra legislación en el código civil del Dr. Vélez Sarsfield como una forma de dominio imperfecto.

3) Desde los primeros comentadores del Código Civil del Dr. Vélez, hasta la década del setenta del siglo pasado prestigiosos juristas nacionales le restaron toda aplicación práctica a la figura, considerando varios de ellos que en nuestra legislación, a pesar de estar expresamente regulada en el Código Civil, era de imposible aplicación, inclusive ante la existencia de un fideicomiso singular.

4) No obstante, la jurisprudencia reconoció su existencia y prestigiosos juristas predicaron su utilidad práctica, en especial como vehículo para llevar a cabo todo tipo de negocios lícitos.

5) En la década de los años noventa del siglo pasado la figura comienza a tener mayor presencia legal en nuestro país hasta que la sanción de la Ley N° 24.441 -que reguló en forma íntegra al fideicomiso- le dio un definitivo renacer que no cesó en su desarrollo.

6) No obstante, la regulación dada por la Ley N° 24.441 al fideicomiso, en su afán de proteger al patrimonio de afectación que se creaba a los fines del cumplimiento del objeto de la figura, presentó ciertas deficiencias que generaron inseguridad jurídica al establecerse una forma de liquidación extrajudicial o privada del fideicomiso ante la insuficiencia patrimonial de los bienes fideicomitidos para cumplir con el objeto del mismo y sus obligaciones (liquidación que a cargo del fiduciario, quien debía enajenar los bienes que lo integraban y entregar el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra). Si bien la doctrina más afecta a la figura defendió la liquidación privada del fideicomiso -especialmente por motivos prácticos, por la férrea defensa al patrimonio de afectación cuya existencia peligraría ante la posibilidad de su concursamiento y por los menores costos que ello evidencia en comparación con un proceso de liquidación judicial-, lo cierto es que ante las constantes crisis económicas que cíclicamente afectaron y afectan la economía nacional, autorizada doctrina, acompañada por importantes pronunciamientos jurisprudenciales, instalaron la necesidad de revisar la problemática de la insolvencia y cesación de pagos de un fideicomiso y su relación con el concurso preventivo.

7) Si bien la ley de concursos y quiebras vigente fue promulgada en un lapso temporal cercano al de la vigencia de la Ley N° 24.441, el nuevo régimen concursal establecido por la Ley N° 24.522 (y su posterior reforma parcial) no incluyeron al fideicomiso ni al patrimonio de afectación creado como consecuencia de dicho contrato como sujetos concursables o susceptibles de ser declarado en quiebra.

8) Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 se derogaron las normas del fideicomiso contenidas en la Ley N° 24.441, entre las se encontraba incluida la liquidación privada y extrajudicial de los bienes fideicomitidos en el art. 16 de dicho cuerpo legal, reemplazándolo por un sistema de liquidación judicial en el que procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

9) Parte de la doctrina especializada en la materia mantuvo su posición favorable al sistema de liquidación extrajudicial o privada, numerosos y prestigios autores mayoritariamente acogieron en forma favorable la liquidación judicial normada en el Código Civil y Comercial, sin perjuicio de lo cual consideraron insuficiente el nuevo régimen legal, en especial por la necesidad de incluir la problemática de la insuficiencia patrimonial, cesación de pagos e insolvencia dentro del sistema legal de concursos y quiebras.

10) En la creencia de que nuestro país aún está en deuda con la creación de un orden legal que brinde a los ciudadanos, inversores y operadores jurídicos y económicos seguridad jurídica, estimo que es necesaria una reforma que brinde reglas de juego claras, simples y precisas. Para ello, considero que sería conveniente una reforma integral de la legislación que regula la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, la cesación de pagos e insolvencia

del fideicomiso y la posibilidad de concursar al patrimonio de afectación conformado por los bienes fideicomitidos. Nuestra legislación contempla situaciones análogas como lo son la posibilidad de concursar o declarar en quiebra al patrimonio del fallecido. Sería interesante que una futura reforma al régimen de concursos y quiebras contemple dicha posibilidad, haciendo jugar los principios concursales de universalidad, colectividad, pars conditio creditorum y concurrencia, armonizándolos con el bien jurídico que tutela el instituto del fideicomiso, en el marco del orden público concursal.

Director: Mag. Giovana Cristofaro
Tribunal: Valentina Aicega, Verónica Gorrasi, Eduardo Barreira Delfino
Nota: 10
Año: 2019

Bibliografía [arriba]

(1) Borda, Guillermo A. “Manual de Derechos Reales”, Editorial Perrot, 4ta. Edición, pág. 156.

(2) Carregal, Mario “El Fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

(3) Carregal, Mario A. “Modificaciones del Código Civil y Comercial” publicado en La Ley, suplemento La Ley 18/04/ 2016, La Ley 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016.

(4) Favier Dubois, Eduardo M. (h.) “La “autonomía” y los contenidos de derecho comercial a partir del nuevo código unificado”, Publicado en: LA LEY 02/02/2015, 1, LA LEY 2015-A, 756.

(5) García Martínez, Roberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, “Concursos y quiebras”, Ediciones Contabilidad Moderna, Tomo 1.

(6) Graziabile, Darío J. “Insolvencia y Fideicomiso (Publicado el 07/02/2005 en “La Ley”.

(7) Gerbaudo, Germán E., Proceso Concursal de salvataje de entidades deportivas. Propuestas de reformas a la ley 25.284. ENTIDADES DEPORTIVAS. PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEY 25.284. Publicado en: SJA 03/10/2018, 53 - JA 2018-IV. Cita Online: AP/DOC/717/2018.

(8) Junyent Bas, Francisco A., “La “Insuficiencia” del patrimonio fideicomitido a la luz del artículo 16 de la ley 24.441. El trámite liquidatorio: ¿Un proceso “extrajudicial” o “paraconcursal”? Publicado en L.L. C2014 (agosto), 701. Cita Online: AR/DOC/2571/2014.

(9) Lisoprawski, Silvio V. y Claudio M. Kiper, “Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización”, Editorial Depalma, 1995, Pág. 93 y su cita en nota 1.

(10) Lisoprawski, Silvio V., Liquidación judicial de fideicomisos en el Código Civil y Comercial. Características y análisis de las liquidaciones en curso. Publicado en: LA LEY 08/05/2018, 1 - LA LEY 2018-B, 1179 - Cita Online: AR/DOC/821/2018.

(11) LLambias, Jorge J. y Alterini Jorge H., “Código Civil Anotado”, Editorial Abeledo Perrot, Tomo IV- A, pág. 472, comentario al art. 2662.

(12) Martorell, Ernesto E., “La inoponibilidad de la personalidad jurídica al fiduciario que actúa de manera ilícita o anti-funcional”. Publicado en: LA LEY 13/03/2017, 1 - LA LEY 2017-B, 612. Cita Online: R/DOC/511/2017.

(13) Navarro Martorell, Mariano, “La Propiedad Fiduciaria”, Editorial Bosch, Pág. 27.

(14) Papa, Rodolfo G, “Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios”, Publicado en: LA LEY 02/12/2014, 1. LA LEY 2014-F, 1119. Cita Online: AR/DOC/3890/2014.

(15) Salas, Acdeel Ernesto y Trigo Represas, Félix A., Código civil y leyes complementarias anotados, 2da. Edición, Ediciones Depalma, 1984, comentario al art. 2662 del Código Civil de la Nación Argentina, pág. 700.

(16) Molina Sandoval, Carlos A., La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código. Publicado en: LA LEY 08/07/2015, 08/07/2015, 1 - LA LEY2015-D, 1212. Cita Online: AR/DOC/2035/2015.

(17) Molina Sandoval, Carlos A. “La Registración del Fideicomiso”, publicado en La Ley 28/03/2016, 1 – La Ley 2016-B, 905.

(18) Peire, Juan Manuel, “El contrato de fideicomiso. Breve reseña del fideicomiso”, publicado “El Derecho”, Nro. 14.162, Año LV, ED 272.

(19) Zavala, Gastón A. y Weiss, Karen M.” Comentario al artículo 1687 en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Directores”, Tomo IV, Thomson Reuters La Ley.

(20) Rouillon, Adolfo A. N., “Régimen de Concursos quiebras. Ley 24.522”, Editorial Astrea, 14va. Edición actualizada y ampliada.

(21) Scoccia, Sebastián, “El fideicomiso en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, pág. 13, publicado en: SJA 09/04/2014, 09/04/2014, 71 - Cita Online: AP/DOC/473/2014.

(22) Truffat, E. Daniel, sobre el tratamiento legal de la insolvencia y cesación de pagos del fideicomiso en su ponencia en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Tendencias y necesidad de reformas del Derecho Concursal ante la Crisis Global”, México, D.F. 17 a 19 de mayo de 2012, titulado “La Conflictiva relación entren el fideicomiso y la cesación de pagos”, págs. 14 y 15.

Notas [arriba]

** Trabajo final para optar al título de Magíster en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.*

[1] No obstante, y sin perjuicio de que, como lo señala Silvio V. Lisoprawski, la palabra “fiduciario” proviene del latín “fiducia”, es decir “confianza” y que “fideicomiso” proviene también del latín “fideicomissum”, que significa “fides”, “fe”, “según el informe del dictamen de la minoría, del Proyecto de Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción (13- P.E. -1994), se atribuye, por algunos, el origen de los

fideicomisos a los derechos griego y egipcio, y luego trasmitido al derecho romano por los dos anteriores", conforme Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M., "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización", Editorial Depalma, 1995, Pág. 93 y su cita en nota 1.
[2] Navarro Martorell, Mariano, "La Propiedad Fiduciaria", Editorial Bosch, Pág. 27.
[3] Op. Cit. Pág. 27.
[4] Girard, P. F., Manuel élémentaire de Droit Romain, 8va. Ed., París, 1929, pág. 552; Arangio-Ruiz, Istituzione di Diritto Romano, Napoles, 1946, pág. 309, citados en nota 1 por Navarro Martorell, op. cit.
[5] Conforme Silvio V. Lisoprawski y Claudio M. Kiper, "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización", Editorial Depalma, 1995, Página 94.
[6] Diccionario enciclopédico hispano-americano (ed. Barcelona, 1912, t. IX, p. 335), citado por Silvio V. Lisoprawski, en Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M., "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización", Editorial Depalma, 1995, Pág. 94.
[7] Silvio V. Lisoprawski y Claudio M. Kiper, "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización", Editorial Depalma, 1995, Pág. 96.
[8] Lisoprawski, Silvio V. y. Kiper, Claudio M, "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización", Editorial Depalma, 1995, Pág. 97.
[9] Id. Nota anterior.
[10] Peire, Juan Manuel, "El contrato de fideicomiso. Breve reseña del fideicomiso", publicado "El Derecho", Nro. 14.162, Año LV, ED 272 y citas allí contenidas.
[11] Art. 2507. El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera. Art. 2661. Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil. Art. 2662. Dominio fiduciario es el 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. Art. 2663. Dominio revocable es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título. Art. 2664. El dominio no se juzga revocado cuando el que posee la cosa a título de propietario es condenado a entregarla en virtud de una acción de nulidad, o de rescisión, o por una acción contra un hecho fraudulento, o por restitución del pago indebido. En estos casos se juzga que el dominio no había sido transmitido sino de una manera interina. Art. 2665. La revocación del dominio transmitido por medio de un título revocable a voluntad del que lo ha concedido se efectúa por la manifestación misma de su voluntad. Art. 2666. Exceptúase de la disposición del artículo anterior, el pacto comisorio en el contrato de venta, el cual no obra la revocación del dominio sino en virtud del juicio que la declare, cuando las partes no estén de acuerdo en la existencia de los hechos de que dependía. Art. 2667. La misma excepción se aplica a la condición resolutoria impuesta en el caso de ingratitud del donatario o legatario, y a la inejecución de las cargas impuestas a estos últimos. Art. 2668. Extínguese el dominio revocable por el cumplimiento de la cláusula legal constante en el acto jurídico que lo transmitió, o por la condición resolutiva o plazo resolutivo a que su duración fue subordinada. Art. 2669. La revocación del dominio tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiere en la ley o en los actos jurídicos que la establecieron, disposición expresa en contrario. Art. 2670. Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho. Art. 2671. La revocación del dominio sobre cosas muebles no tiene efecto contra terceros adquirentes, usufructuarios, o acreedores pignoraticios, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tuvieren una obligación personal de restituir la cosa. Art. 2672. Cuando por la ley, o por disposición

expresa en los actos jurídicos que constituyan el dominio revocable, la revocación no tuviere efecto retroactivo, quedan subsistentes las enajenaciones hechas por el propietario desposeído, como también los derechos reales que hubiese constituido sobre la cosa. Art. 2841. El propietario fiduciario no puede establecer usufructo sobre los bienes gravados de sustitución. Art. 3723. El derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a éste un sucesor. Art. 3730. La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución del heredero, ni los derechos del llamado antes.
[12] Borda, Guillermo A. "Manual de Derechos Reales", Editorial Perrot, 4ta. Edición, pág. 156.
[13] Op. Cit., pág. 157.
[14] Cfr. Carregal, Mario "El Fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.
[15] En tal sentido, resulta interesante la visión de Garrido Cordobera, Lidia M. R., en su obra "El Contrato de Leasing", citado en Thomson and Reuters, Información Legal, Sección "Doctrina", quien textualmente dice: "Considerando al contrato de leasing de manera orgánica es que se ha planteado la discusión de su viabilidad en materia inmobiliaria, pese a su aplicación en los países de tradición anglosajona, sobre todo en el ámbito jurídico argentino en los últimos años, situación que en parte se concluye con la sanción de la ley 24.441. Hemos admitido la existencia del leasing inmobiliario (en el libro que con tal denominación hiciéramos con mi padre, el Dr. Roque Fortunato Garrido, editado en el año 1986) sosteniendo, contra la doctrina restrictiva, que ambos -el mobiliario y el inmobiliario- tienen condiciones comunes, aunque se diferencien, necesariamente, en cuanto a la naturaleza del objeto y su obsolescencia. Esta posición amplia es la que ha permitido que en el Derecho comparado existan regulaciones específicas para este tipo de leasing, o sea para el leasing inmobiliario, algunas de las cuales, como por ejemplo la francesa, excluyen el destino de vivienda familiar, que en Francia está cubierta por otra ley".
[16] Si bien existe una cuestión idiomática en el uso de los términos "fideicomiso" y "contrato de fideicomiso", al referirme a "fideicomiso" aludo al sistema creado por un "contrato de fideicomiso". Por "dominio fiduciario" entiendo aquél creado como efecto de un contrato de fideicomiso en el que el fiduciario es su titular. Aquí cobra marcado interés la diferenciación que realiza Mario A. Carregal en su trabajo "Modificaciones del Código Civil y Comercial" publicado en La Ley, suplemento La Ley 18/04/ 2016, La Ley 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016, en Título II, del Capítulo 1 expresa "Diferencias entre fideicomiso y contrato de fideicomisio", cuando aclara que "La ley 24.441 en su artículo 1ro. definía al fideicomiso, y no al contrato de fideicomiso… Mientras que el art. 1666, CCyC dispone que "Hay contrato de fideicomiso cuando una parte… transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona…".
[17] Si bien las partes que celebran el contrato son dos, fiduciante y fiduciario, las otras dos partes serían terceros favorecidos por el sistema.
[18] Ley N° 24.441: Art. 11: Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas. Art. 14: Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. Art. 15: 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.
[19] Gerbaudo, Germán E., Proceso Concursal de salvataje de entidades deportivas. Propuestas de reformas a la ley 25.284. ENTIDADES DEPORTIVAS. PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEY 25.284. Publicado en: SJA 03/10/2018, 53 - JA 2018-IV. Cita Online: AP/DOC/717/2018.
[20] Mario A. Carregal en su trabajo "Modificaciones del Código Civil y Comercial"

publicado en La Ley, suplemento La Ley 18/04/ 2016, La Ley 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016. En el Título II de dicho trabajo expresa al referirse al tratamiento del fideicomiso en el Código Civil y Comercial que "…muchos de los cambios introducidos… estos puntos no constituyen verdaderas modificaciones de fondo al régimen antes vigente, sino que simplemente han aclarado en forma definitiva lo que cierta doctrina negaba como interpretación correcta de la ley anterior".
[21] Mario A. Carregal, "Modificaciones del Código Civil y Comercial" publicado en La Ley, suplemento La Ley 18/04/ 2016, La Ley 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016, Capítulo 1.
[22] Mario A. Carregal en su trabajo "Modificaciones del Código Civil y Comercial" publicado en La Ley, suplemento La Ley 18/04/ 2016, La Ley 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016, Capítulo 2.
[23] Mario A. Carregal en su trabajo "Modificaciones del Código Civil y Comercial" publicado en La Ley, suplemento La Ley 18/04/ 2016, La Ley 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016, Capítulo 3.
[24] Mario A. Carregal en su trabajo "Modificaciones del Código Civil y Comercial" publicado en La Ley, suplemento La Ley 18/04/ 2016, La Ley 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016, Capítulo 4.
[25] Mario A. Carregal en su trabajo "Modificaciones del Código Civil y Comercial" publicado en La Ley, suplemento La Ley 18/04/ 2016, La Ley 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016, Capítulo 5.
[26] Mario A. Carregal en su trabajo "Modificaciones del Código Civil y Comercial" publicado en La Ley, suplemento La Ley 18/04/ 2016, La Ley 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016, Capítulo 6.
[27] Tema tratado al final de la nota 15.
[28] Sobre esta reforma, opinaron García Martínez y Fernández Madrid que: "En el Código de Comercio de 1889 la materia de las quiebras estaba legislada en el libro IV y seguía el sistema y a orientación de la ley anterior…En suma, mantuvo la quiebra para los comerciantes exclusivamente". García Martínez, Roberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, "Concursos y quiebras", Ediciones Contabilidad Moderna, Tomo 1, página 127.
[29] Sobre el particular, Sergio Lisopraswki expresó: "El Legislador ha optado en tal caso por la liquidación en vez de la quiebra. Más allá del acierto del acierto de tal solución el régimen guarda coherencia con el sistema de separación o afectación del patrimonio fiduciario dentro de la esfera del patrimonio común -no fiduciario- de esta especie peculiar de propietario". Lisoprawski, Silvio V., "Los Negocios Fiduciarios y el Fideicomiso", en "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización", Editorial Depalma, 1995, págs. 122 y 123.
[30] Rouillon, Adolfo A. N., "Régimen de Concursos quiebras. Ley 24.522", Editorial Astrea, 14va. Edición actualizada y ampliada, comentario al artículo 32 bis, página 95.
[31] Citado por Llambias, Jorge J. y Alterini Jorge H. en Código Civil Anotado, Editorial Abeledo Perrot, Tomo IV- A, pág. 472, comentario al art. 2662.
[32] Obra citada en la cita anterior.
[33] Obra citada en la cita 27, pág. 472/473. En dicha cita que refiere a la obra de Salvat, considero muy interesante la opinión de Salvat en cuanto expresa al referirse al dominio fiduciario en que "Estas situaciones cae, o bien en el caso del mandato, si el acto se realiza a plena luz del día, diríamos así, si claramente se establece que el adquirente realiza la adquisición para un tercero; o bien en el de la simulación por interposición de persona, si se hace ocultamente…". Va de suyo, en mi opinión la negativa consideración de Salvat a la figura del dominio fiduciario.
[34] Obra citada en la cita 27, pág. 473.
[35] Los autores citados en la cita anterior se refieren al dominio fiduciario.
[36] Kiper, Claudio M. "El dominio fiduciario", en "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización", Depalma, 1995, pág. 162.
[37] Kiper, Claudio M. "El dominio fiduciario", en "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización", Depalma, 1995, en la pág. 427, punto XI, hace referencia al art. 16 de la Ley N° 24.441.
[39] Carregal, Mario A. "El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas".

Editorial Universidad, 1982. Carregal, Mario A., “Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso”, La Ley 18/04/2.016 - La ley 2016 - B, 1166, cita online AR/DOC/998/2016, pág. 428.
[40] Junyent Bas, Francisco A., “La “Insuficiencia” del patrimonio fideicomitido a la luz del artículo 16 de la ley 24.441. El trámite liquidatorio: ¿Un proceso “extrajudicial” o “paraconcursal”? Publicado en L.L. C2014 (agosto), 701. Cita Online: AR/DOC/2571/2014.
[41] Ver cita anterior.
[42] Graziabile, Darío J. “Insolvencia y Fideicomiso (Publicado el 07/02/2005 en “La Ley”.
[43] Truffat, E. Daniel, sobre el tratamiento legal de la insolvencia y cesación de pagos del fideicomiso en su ponencia en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Tendencias y necesidad de reformas del Derecho Concursal ante la Crisis Global”, México, D.F. 17 a 19 de mayo de 2012, titulado “La Conflictiva relación entren el fideicomiso y la cesación de pagos”, págs. 14 y 15.
[44] Papa, Rodolfo G, “Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios”, Publicado en: LA LEY 02/12/2014, 1. LA LEY 2014-F, 1119. Cita Online: AR/DOC/3890/2014.
[45] Carregal, Mario A. ““Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso”, publicado en La Ley 18/04/2016, LA LEY 2016-B, 1166. Cita Online: AR/DOC/988/2016.
[46] Carregal, Mario A. “Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso”, publicado en La Ley 18/04/2016, LA LEY 2016-B, 1166. Cita Online: AR/DOC/988/2016, punto 3.
[47] Eduardo M. Favier Dubois (h.) “La “autonomía” y los contenidos de derecho comercial a partir del nuevo código unificado”, Publicado en: LA LEY 02/02/2015, 1, LA LEY 2015-A, 756.
[48] Martorell, Ernesto E., “La inoponibilidad de la personalidad jurídica al fiduciario que actúa de manera ilícita o anti-funcional”. Publicado en: LA LEY 13/03/2017, 1 -LA LEY 2017-B, 612. Cita Online: R/DOC/511/2017.
[49] Molina Sandoval, Carlos A., La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código. Publicado en: LA LEY 08/07/2015, 08/07/2015, 1 - LA LEY2015-D, 1212. Cita Online: AR/DOC/2035/2015.
[50] Lisoprawski, Silvio V., Liquidación judicial de fideicomisos en el Código Civil y Comercial. Características y análisis de las liquidaciones en curso. Publicado en: LA LEY 08/05/2018, 1, LA LEY 2018-B , 1179 - Cita Online: AR/DOC/821/2018.
[51] Zavala, Gastón A. y Weiss, Karen M.” Comentario al artículo 1687 en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Directores”, Thomson Reuters La Ley, Tomo IV, pág. 948.
[52] Scoccia, Sebastián, “El fideicomiso en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”,
Pág. 13, publicado en: SJA 09/04/2014, 09/04/2014, 71 - Cita Online: AP/DOC/473/2014.
[53] Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala Primera, publicado en Jurisprudencia Argentina 52-410, citado en Salas, Acdeel Ernesto y Trigo Represas, Félix A., Código civil y leyes complementarias anotados, 2da. Edición, Ediciones Depalma, 1984, comentario al art. 2662 del Código Civil de la Nación Argentina, pág. 700.
[54] LLambías, Jorge J. y Alterini, Jorge H., Código Civil Anotado, Abeledo Perrot, Tomo IV-A, página 475.
[55] Publicado en La Ley – (t. 43), Agosto 7 de 1946, págs. 401/403.
[56] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala II, 01/03/2006, “Hernández, Julián c. Fiducia S.A.”, LL Litoral 2006 (junio), 662 IMP 2006-15, 1920, AR/JUR/288/2006.
[57] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos “Fideicomiso Ordinario Fidag”, de fecha 15/12/2010, Cita Online: 201110398, Publicado en Thomson Reuters, Información Legal.
[58] Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 17, 12/09/2011, Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial, LA LEY 14/02/2012, LA LEY 2012-A, 339 DJ 14/03/2012, 85 AR/JUR/86345/2011.
[59] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D 13/06/2017, Fideicomiso

Erre s/ liquidación judicial, LA LEY 25/07/2017, 7 LA LEY 2017-D, 353 RCCyC 2017 (agosto), 155 AR/JUR/32809/2017.
[60] Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 33a Nominación de Córdoba, 10/07/2017, Fideicomiso "Montevideo I" o "Touluse I" s/ Liquidación Judicial (Mutuales - Cias de Seguro), RCCyC 2017 (agosto), 156 AR/JUR/39172/2017.
[61] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, 25/04/2018, Fideicomiso Inmobiliario Panorámico Liquidación Judicial (Mutuales - Cias de Seguro), RCCyC 2018 (octubre), 162, AR/JUR/16425/2018.