

Hacia el concurso del fideicomiso

Giovana Elsa del Carmen Cristofaro

Capítulo I - Introducción [\[arriba\]](#)

En los últimos tiempos ha subido y se ha instalado en la arena doctrinaria la serie de problemas que plantea el fideicomiso ante su insolvencia, y cómo se vincula este particular instituto con la ley de concursos en general.

Desde las cuestiones que plantea la presentación en concurso de los sujetos integrantes del fideicomiso, en particular fiduciante y fiduciario, la necesidad de verificación o no del crédito del beneficiario, la oponibilidad del fideicomiso ante la quiebra del fiduciante o del fiduciario, el deber de información en el concurso del fiduciante, etc. hasta la insolvencia del propio fideicomiso, todos temas por demás interesantes dadas las diferentes aristas que van surgiendo en la praxis y lo mezquina que fue la ley al tratarlo.

Los legisladores pensaron en un contrato dotado de particularidades excepcionales y sumamente útiles, como es la constitución de un patrimonio de afectación, otorgando facultades de dominus al sujeto sobre el cual estuviera la responsabilidad de cumplir la manda, y posibilitando innumerables opciones y combinaciones de objeto, destino y fin del contrato. Y así fue que dieron lugar a que un contrato que nació pequeño y humilde, se abriera paso en la vida comercial a trancos agigantados, de una manera inesperada, expandiendo su utilidad en infinidad de alternativas que hicieron desarrollar su aplicación a posibilidades quizás impensadas por sus creadores.

Hoy el fideicomiso se usa mas allá de los fines para los cuales fue creado, es el modelo para múltiples objetos comerciales y no solo como financiamiento de la vivienda y la construcción, ha tapado vacíos legales, posibilitando que el sujeto persona física separe parte de su patrimonio para emprendimientos particulares sin necesidad de asociarse en las formas típicas de la ley 19.550, aunque también fue usado como alternativa asociativa, fue ampliamente probado por cadenas de consumo masivo, bancos y empresas como herramienta de fondeo en la poscrisis¹, ha generado un sistema de garantía propio y efectivo, destrabando operaciones comerciales de todo tipo y rango, se metió en la bolsa con electrodomésticos, compra jugadores de fútbol, administra campos, y cualquier negocio o empresa que se proponga el fiduciante, soluciona crisis de entidades deportivas, etc. etc.

Si bien no tiene personería jurídica y para Kiper y Lisoprawsky² solo se trata de un contrato, el fideicomiso cuenta con personalidad fiscal y la legislación tributaria le otorga el carácter de sujeto de ciertos tributos del ordenamiento en virtud de atribuírsele la realización de hechos económicos alcanzados por distintos impuestos. En sus inicios ni siquiera era tenido en cuenta por el Fisco, no tributaba, no tenía clave única de identificación tributaria. Esto también ha cambiado. Como parte de la evolución y desarrollo de las aplicaciones comerciales del fideicomiso, hoy posee CUIT diferencial y propio, y debe tributar como si fuera una persona jurídica.

Parafraseando a Truffat “el muchacho ha crecido, es buena hora de empezar a ponerle límites y a instarlo a que mejore sus modales”³.

El tema de investigación elegido lleva, necesariamente, a alguna o algunas conclusiones. Y una de estas, hoy que la suscripta ya se ha formado convicción, es que la crisis de solvencia de los fideicomisos -al menos de aquellos que son el vehículo de una “empresa”- debería regirse por las reglas previstas en la ley 24.522. Por cierto esto no significa incluir al fideicomiso como “sujeto” concursal porque el fideicomiso es un contrato y no un sujeto. Significa que como ocurre en diversos sistemas de derecho comparado (el mexicano y el colombiano, para señalar experiencias afines) debería contemplarse que los “patrimonios de afectación que vehiculizan emprendimientos empresarios” quedarán incluidos en la nómina legal de sujetos o patrimonios, como ocurre con el de la persona fallecida mientras no se confunda con la de los herederos, sujetos a la LCQ. Sin embargo por comodidad expresiva, visto que la frase resulta muy extensa, esto suele expresarse por practicidad como el pedido de que se incluya a los fideicomisos como sujetos concursales. Cuando en esta tesis se emplee tal locución es con esta advertencia previa, que se trata pura y exclusivamente de una cuestión de comodidad verbal.

Ahora bien, siendo nuestro país el tercero de la región que más fideicomisos emite⁴(con un volumen del 15%, luego de México con el 40% y Brasil 32%) y habiendo surgido en los tres últimos años antecedentes de liquidación incógnitas para los operadores jurídicos vinculados al instituto, considero de suma importancia práctica el estudio del tópico elegido. Es entonces que ante el avance sostenido del instituto bajo análisis, el objetivo de este trabajo es desentrañar algunas opciones existentes en caso de insolvencia del Fideicomiso, y encontrar alternativas posibles no contempladas en las leyes 24.522 y 24.441 que puedan resultar aplicables ante la situación de crisis del patrimonio fiduciario.

SUJETOS CONCURSABLES. SU EVOLUCION LEGISLATIVA

Como refieren dos grandes juristas⁶ el conocimiento adecuado de la génesis es imprescindible, entonces para poder llegar al meollo de la propuesta que se hará en el presente trabajo, resulta importante poder hacer un relevamiento de los sujetos concursables y la evolución histórica que tuvo el derecho argentino en este punto.

En sus inicios, en el Código de Comercio de 1862, Ley No15, la quiebra era reservada solo para los comerciantes (art.1512).

La Ley 4.156 del año 1902, que introduce el concordato preventivo también para comerciantes, (art.6), abre la puerta para la quiebra de la persona que ha dejado de ser comerciante, siempre que la cesación de pagos provenga de obligaciones que contrajo mientras ejercía el comercio (art.2).

La Ley 11.077 del año 1920, establece la extinción de obligaciones en los concursos civiles de acreedores (art.1). De este modo se inicia el primer sistema de insolvencia para los no comerciantes, que sólo existía hasta ese momento en algunas disposiciones provinciales aisladas.

Le sigue la Ley “Castillo” 11.719 del año 1933: esta seguía los lineamientos de la 4.156, y agrega la quiebra de las sociedades comerciales en el art.1, y luego en el art.4 establece que la quiebra puede ser declarada después del fallecimiento del comerciante cuando la muerte se ha producido en estado de cesación de pagos, es decir la quiebra del patrimonio del fallecido.

A posteriori, la ley 19.551 de 1972 recién abarcó en su régimen a los no comerciantes dedicándoles el art.310 que remitía al régimen general y disponía ciertas reglas especiales. La ley 22.917 que reforma la ley 19.551 en el año 1983, unificó el criterio legislando los procesos concursales indistintamente para comerciantes y no comerciantes, hablando de personas de existencia visible y personas de existencia ideal de carácter privado, y otorgándole el art. 2o expresamente a los sujetos concursables.

El criterio legislativo imperante en estos momentos en nuestro país a través de la vigencia de la ley 24.522, es el amplio respecto a los sujetos concursables. Actualmente, la ley no diferencia dentro de los sujetos pasivos de los concursos, a los comerciantes o empresarios respecto de las otras personas físicas e incluso de los incapaces o inhabilitados; permitiéndose en definitiva el concursamiento de todo sujeto con personalidad jurídica.⁷

El artículo 2o de la ley 24.5228, que determina la concursabilidad de los sujetos, incluye en general, dentro de los sujetos susceptibles de concurso, a las personas físicas, las personas ideales de carácter privado y las sociedades con participación estatal. Y da también la posibilidad de concursar el patrimonio del fallecido mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores, y los bienes existentes en el país, pertenecientes a deudores domiciliados en el extranjero. La norma se complementa con el art. 5 de la ley 24.5229 que se refiere a los sujetos que pueden pedir la formación de su concurso preventivo.

De este modo quedan actualmente incluidas las sociedades civiles y comerciales, las asociaciones, las fundaciones, las cooperativas, y a partir de la ley 22.917 las sociedades irregulares, y de hecho, las sociedades en formación y en liquidación, las obras sociales, las entidades deportivas, los sindicatos, las sociedades con participación estatal, entre estas la sociedades de economía mixta, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, cualquier otra sociedad civil o comercial en que el Estado sea socio.

El art. 2 de la LCQ permite también que se concursen ciertos patrimonios que no son personas, el patrimonio del fallecido mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores, y los bienes existentes en el país del deudor domiciliado en el extranjero.

La discusión respecto a la concursabilidad de los consorcios de propietarios, derivada de la inicialmente negada personalidad de los mismos, ha quedado hoy zanjada jurisprudencialmente a favor de la concursabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de los consorcistas.¹⁰ En el fallo de Consorcio de Propietarios Calle Perú citado, en primera instancia, se rechazó el pedido de quiebra por considerar que el ente demandado estaba excluido de los sujetos concursables a tenor del art.2oLCQ. En cambio, en la Cámara, si bien se reconoció personalidad jurídica al consorcio, y por ende aptitud potencial para ser declarado en quiebra, se rechazó igualmente el pedido de quiebra por considerarse que el peticionante de la quiebra debió previamente haber constituido en mora a todos y cada uno de los consorcistas.¹¹

Como puede verse, la legislación argentina adhiere al concepto amplio respecto al presupuesto objetivo, y permite la concursabilidad de todos aquellos entes que tengan personalidad jurídica¹², en sentido lato. Graziabile y Tonón¹³ como la mayoría de la doctrina, entienden que el de sujeto jurídico, es decir “ente

susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”, a tenor del art.30 del Código Civil¹⁴.

La excepción al principio de necesidad de personalidad del concursado, lo constituye el patrimonio del fallecido, dado que el deudor ya no existe como persona, y no es él quien se concursa sino su patrimonio, y los bienes del deudor domiciliado en el extranjero. Como vemos la ley concursal permite que no sólo se concursen personas, sino también patrimonios.

Para Javier Lorente¹⁵ el primer paso para determinar si un sujeto es susceptible de concurso es, precisamente, calificarla como sujeto de derecho con capacidad de obligarse. Al revestir el carácter de sujeto de derecho, será el propio sujeto el que, como tal, debe responder por las obligaciones que hubieren contraído sus administradores y representantes legales, comprometiendo para ello su patrimonio.

El maestro Maffía sostuvo desde el principio que todos los sujetos son concursables, salvo los legalmente excluidos¹⁶, ese es el sentido legal, pues asumiendo una posición amplia de concursamiento, debe entenderse que en principio las únicas excepciones son las estipuladas legislativamente. A contrario sensu, y siguiendo los principios de nuestra carta magna, aquello que no está específicamente prohibido estaría permitido.

SUJETOS EXCLUIDOS DEL CONCURSO EXPRESAMENTE

Si bien en la actualidad el principio sigue siendo el de la concursabilidad de todos los sujetos, y el criterio se ha visto reforzado como consecuencia de la ampliación jurisprudencial del listado de concursables a diversos sujetos de derecho, distintas personas de existencia ideal siguen excluidas expresamente del concurso.

El art. 2 de la LCQ excluye expresamente a las personas de carácter público (art.33 del C.C.)¹⁷, las empresas de seguros (reguladas por la ley 20.091), las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones “AFJP” (reguladas por la ley 24.241), que tienen previsto un mecanismo liquidativo específico en las leyes que las regulan, mas las excluidas por leyes especiales.

Las asociaciones mutuales (reguladas por la ley 20.321), estaban excluidas inicialmente por el art.2 de la LCQ y por el art.37 de la ley 20.321, pero luego este precepto fue derogado por la ley 25.374, por lo que actualmente las mutuales también pueden concursarse, a pesar de continuar excluidas por la ley concursal.

Entre los sujetos excluidos por leyes especiales tenemos las entidades financieras (Ley 21.526). Pese a lo cual hemos tenido concursos vinculados con “ex entidades financieras” como los conocidos casos de Banco del Suquia S.A. y Banco Bisel S.A. Actualmente existe una norma que permite el concursamiento de ex entidades financieras, el art. 1o in fine de la ley 24.627, lo que confirma la tendencia muy nítida en el derecho concursal argentino a favor de la mayor amplitud de los sujetos concursables, como ocurrió con la posibilidad de concursamiento de las mutuales.

El juego armónico de los arts. 2 “in fine” de la ley 24.522 (Ley de Concursos y Quiebras) y del art. 50 de la Ley de Entidades Financieras 21.526 con la modificación introducida por el art. 1o de la ley 24.627, fallos citados, y doctrina

de prestigiosos juristas¹⁸, nos permiten suponer que en el futuro tendremos un espectro de casos en los que ex entidades financieras, que antes debían sólo y únicamente someterse a la posibilidad de la liquidación por el Banco Central de la República Argentina, podrían respecto a su activo y pasivo residual y dentro del marco de una nueva actividad -diferente en su objeto social al de la intermediación del dinero societaria, solicitar su concurso preventivo, y asegurando a esos acreedores residuales una solución mucho más realista y viable (o sea posibilidad real de cobro, aunque más no sea en moneda de concurso) que la liquidación lisa y llana por el Banco Central de la República Argentina, en la que prácticamente ningún acreedor quirografario jamás cobró¹⁹.

Y por último tenemos los casos particulares de exclusión como las sociedades accidentales o en participación, las agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas, la sociedad conyugal, y en principio los bienes fideicomitidos.

Entre los casos controvertidos encontramos el concursamiento de la sociedad extranjera no inscripta, rechazada por autores como Vitolo y Nissen²⁰, y aceptada por jurisprudencia de la Cámara Nacional de Comercio²¹, y otras opciones que seguramente se estarán escapando, pero exceden el alcance del presente trabajo.

PRESUPUESTO SUBJETIVO EN EL DERECHO COMPARADO

Resulta importante tener una visión global del tema en estudio, es por eso que el análisis de la normativa concursal de diversos países nos permite cotejar quiénes son considerados sujetos concursables en los principales países de Latinoamérica y Europa, cuyas legislaciones son referentes permanentes de nuestra doctrina especializada.

Al reseñar cada sistema aparecerán cuestiones laterales sobre legitimación de los sujetos. Así habrá sistemas que ponen énfasis en el tratamiento del consumidor o del pequeñísimo concurso, otros que restrinjan las soluciones concursales en función de la magnitud de la empresa, etc. Obviamente tales temas son ajenos al objeto de investigación, salvo en la reseña de las concepciones en juego (lo que podría impactar sobre el tratamiento dado al fideicomiso), pero me han parecido indispensables para brindar una visión lo más generosa posible de los sistemas comparados.

Alemania

La Ordenanza Alemana de Insolvencia del 5 de octubre de 1994, establece que el presupuesto objetivo no se estructura desde la titularidad formal (sujeto) sino desde la entidad patrimonial y subjetiva (patrimonio) (art.11). No es dable distinguir entre persona física y jurídica, quedando equiparadas todas las entidades que sin gozar de autonomía plena tuviesen patrimonio separado. Así, el procedimiento de insolvencia regula la crisis del patrimonio de toda personalidad natural o jurídica y de la asociación sin personería jurídica (en el derecho alemán: sociedad colectiva, en comandita, civil, copropiedad y agrupación europea de interés económico) (art.11 I y II.1).

También se aplica a la herencia, al patrimonio de la comunidad conyugal continuada o al de la comunidad de bienes administrada en forma conjunta por la pareja personalidad jurídica en disolución (art.11 III).

Están excluidos del procedimiento de insolvencia el patrimonio del estado Federal o de un Estado (Land) y el de las personas jurídicas de derecho público sujetas a la vigilancia de un Estado, conforme al derecho del mismo (art.12 I.1y2).22

Brasil

La Ley de Recuperación Judicial y Extrajudicial y Quiebra del Empresario y de la Sociedad Empresaria, Ley 11.101/05 vigente desde el 10 de junio de 2005, establece que el sujeto del procedimiento es el empresario individual -expresión adoptada de conformidad con el nuevo Código Civil de 2002y las sociedades empresarias, regulares e irregulares, que acrediten actividad regular durante dos años anteriores e inscripción en el Registro Público de Empresa (art.48).

Están excluidos de la recuperación judicial (i) quien se encuentre fallido, (ii) quien hubiere obtenido recuperación judicial en los cinco años precedentes o en ocho tratándose de empresas pequeñas, (iii) el administrador, socio controlante o sujeto condenado por delitos concursales establecidos en la ley, (iv) las empresas públicas, sociedades de economía mixta, instituciones financieras, cooperativas de crédito, consorcios, sociedades o entidades previsionales, de planes de asistencia sanitaria, aseguradoras, de capitalización y otras equiparadas (art.2o II).23

Colombia

El Régimen de Insolvencia Empresarial de Colombia, establecido por la Ley 1116 de 2006 que entró en vigencia a partir del 28 de Junio de 2007, establece en su art.2 el ámbito de aplicación de la ley:

“Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Asimismo, estarán sometidas al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales. El Gobierno nacional establecerá los requisitos de admisión de dichos patrimonios autónomos al trámite de insolvencia a que se refiere la presente ley”.24

En el art.3 se enumeran las personas no sujetas al régimen de insolvencia. Y en el Parágrafo a continuación del artículo tercero, se establece que:

“Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores”.

España

La ley concursal vigente actualmente en España es el Real Decreto 38/2011 del 10 de octubre de 2011, que reformó la Ley Concursal 22/2003, del 9 de julio de 2003.

El art.1 de la ley establece como presupuesto subjetivo que:

“1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. 2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. 3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”.

Francia

La Ley de Salvaguarda de las Empresas No2008-1345 del 18 de diciembre de 2008, en su artículo L.620-2 establece:

“El procedimiento de salvaguarda será aplicable a toda persona que ejerza una actividad comercial o artesanal, a todo agricultor, a toda otra persona física que ejerza una actividad profesional independiente, inclusive una profesión liberal sometida a un estatuto legislativo o reglamentario en el que el título este protegido, así como a toda persona jurídica de derecho privado. No podrá incoarse un procedimiento de salvaguarda respecto de una persona que ya estuviera incurso en un procedimiento de este tipo, o en un procedimiento de saneamiento judicial o de liquidación judicial, en tanto no se haya puesto fin a las operaciones del plan que se derive del mismo o en tanto el procedimiento de liquidación no haya sido cerrado”.

La Ley de Salvaguarda alcanza a “todas” las empresas, por lo que quedan comprendidos el comerciante individual, tanto como las personas jurídicas, el profesional, el agricultor o el artesano.²⁵

Italia

El procedimiento concursal italiano no está permitido a los no comerciantes, a los empresarios agrícolas, ni a las entidades públicas en claro apartamiento de la tendencia de aceptación del acceso no empresario al procedimiento concursal y tampoco han tenido respuesta el reclamo de la doctrina en orden a la incorporación al ámbito del concurso de la crisis del consumidor.

La redacción actual fue dada por el Dec. legs. No169 del 12 de septiembre de 2007 y excluye del procedimiento del concordato preventivo y de la quiebra a los empresarios de menor capacidad económica. Sólo accede al concurso el empresario de actividad económica relevante, conceptuando irrelevante y por ello excluido del procedimiento concursal cuando, como resultado de actividad individual o colectiva, alternativamente tuviere: (a) un activo patrimonial por un monto anual total no superior a trescientos mil euros, dentro de los tres ejercicios anteriores al pedido de quiebra o de iniciación de la actividad, si se tratara de un plazo inferior; (b) ingresos totales anuales no superiores a los doscientos mil euros dentro de los tres ejercicios anteriores a la fecha del pedido de quiebra o de inicio de la actividad si fuera anterior; (c) un total de deudas no vencidas no superior a cincuenta mil euros.

Subsiste la restricción de acceso al procedimiento de los Tit. II (Quiebra) y III (Concordato Preventivo) para las empresas sujetas a la “Liquidación Forzosa

Administrativa” (“Liquidazione Coatta Administrativa”) (regulada en el Tit. V -art. 194 a 215).

México

Para la Ley de Concursos Mercantiles de México (Última Reforma DOF 27-12-2007) el presupuesto subjetivo está focalizado en la persona física o moral que tenga carácter de comerciante conforme al Código de Comercio e incluye al patrimonio fideicomitido afectado a la actividad empresarial, a las sociedades controladoras o controladas definidas en la misma ley (arts.4011 y 15) y a las empresas con participación estatal constituidas como sociedades mercantiles (art.5o, 2o párrafo).

En cuanto a los pequeños comerciantes y empresas con participación estatal, la ley tiene una cierta exigencia dimensional de mínima que excluye del concurso mercantil a: los pequeños comerciantes, cuyo pasivo exigible vencido no exceda la equivalencia a 400.000 UDIs (factor valor que se aplica a la adquisición de crédito hipotecarios y que es publicado en el Diario oficial de la Federación por el Banco de México) al momento de la solicitud o demanda, salvo que se sometan al ordenamiento concursal voluntariamente (art.5o). 26

También se establece que las empresas de participación estatal constituidas como sociedades mercantiles, podrán ser declaradas en concurso mercantil.

Perú

La Ley General del Sistema Concursal peruano No27.809 (Publicada el 08 de agosto de 200227), establece en su Artículo segundo el ámbito de aplicación de la norma y aplicación preferente del siguiente modo:

“...2.1 La Ley se aplica obligatoriamente a los procedimientos concursales de los deudores que se encuentren domiciliados en el país, sin admitir pacto en los acuerdos privados relativos a la sustracción de ley y jurisdicción peruana.

2.2 No se encuentran comprendidas en la Ley, como deudores, las entidades que integran la estructura del Estado, tales como los organismos públicos y los demás entes de derecho público; las administradoras privadas de fondos de pensiones, las personas que forman parte del sistema financiero o del sistema de seguros, y aquéllas a las cuales la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores CONASEV otorga autorización de funcionamiento. Asimismo, tampoco se encuentran comprendidos en la Ley los patrimonios autónomos, salvo las sociedades conyugales y sucesiones indivisas. (Texto modificado por el Artículo 1o de la Ley N° 28709)”.

Portugal

El Código de Insolvencia y de la Recuperación de Empresas de Portugal, Decreto Ley 53/2004 del 18 de marzo de 2004, en su artículo segundo regula quienes son los sujetos pasivos de la declaración de insolvencia, estableciendo que:

“ 1. Pueden ser objeto del proceso de insolvencia: a) cualquier persona singular o colectiva; b) la herencia yacente; c) las asociaciones sin personalidad jurídica y las comisiones especiales; d) las sociedades civiles; e) las sociedades comerciales y las

sociedades civiles bajo la forma comercial hasta la fecha del registro definitivo del contrato constitutivo de éstas; f) las cooperativas, antes del registro de su constitución; g) el establecimiento individual de responsabilidad limitada; h) cualquier otro patrimonio autónomo.

a) las personas colectivas públicas y las entidades públicas empresarias; b) las empresas de seguro, las instituciones de crédito, las sociedades financieras, las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la detención de fondos o valores muebles de terceros o los organismos de inversión colectiva, en la medida en que la sujeción al proceso de insolvencia sea incompatible con los regímenes especiales previstos para tales entidades.”²⁸

El maestro Dasso enseña que el nuevo sistema de insolvencia de Portugal guarda compatibilidad con la tendencia a la ampliación de los sujetos comprendidos, superando el sistema clásico de reserva a comerciantes y sociedades comerciales. La ampliación del presupuesto subjetivo, lleva a comprender en el “procedimiento de insolvencia” a personas físicas y jurídicas y a las sociedades de personas, como así también a entidades sin personalidad jurídica, a las asociaciones no reconocidas reguladas en el Código Civil, a empresas individuales de responsabilidad limitada, sociedades comerciales, de personas bajo forma comercial y cooperativas antes de su registro, a las herencias yacentes y otros patrimonios autónomos, lo que lleva a determinar que el ámbito subjetivo está focalizado en la autonomía patrimonial y no en la personalidad jurídica.²⁹

Uruguay

La Ley 18.387 de “Declaración Judicial y del Concurso y Reorganización Empresarial” de Uruguay del 23 de octubre de 2008, establece:

“Artículo 2o. (Presupuesto subjetivo). La declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, persona física que realice actividad empresaria o persona jurídica civil o comercial. Se considera actividad empresaria a la actividad profesional, económica y organizada con finalidad de producción o de intercambios de bienes o servicios. Se encuentran excluidos del régimen de esta ley el Estado, los entes autónomos, los servicios descentralizados, los Gobiernos Departamentales y las entidades de intermediación financiera, en este último caso con excepción de las normas relativas a la calificación del concurso, contenidas en el Título IX.

En el caso de los deudores domiciliados en el extranjero, se aplicará lo dispuesto en el Título XIII de esta ley. Las personas físicas no comprendidas en la presente ley se seguirán regulando por el Título VII del Libro II del Código General del Proceso (Concurso civil) y normas concordantes.

Artículo 3o. (Concurso de la herencia). Procederá el concurso de la herencia del deudor fallecido, en los siguientes casos: 1) Cuando la herencia hubiera sido aceptada a beneficio de inventario; b) Cuando, declarado en concurso el deudor, éste hubiera fallecido durante la tramitación del mismo. En este caso, el concurso del deudor continuará de pleno derecho como concurso de la herencia, sin retrotraer las actuaciones.”³⁰

Realizado el relevamiento del presupuesto subjetivo en las legislaciones concursales de Alemania, Brasil, Colombia, España, Francia, Italia, México, Perú,

Portugal y Uruguay, podemos advertir que Colombia, México y Portugal aceptan expresamente la aplicación de la normativa concursal al fideicomiso como “patrimonio autónomo”, siendo necesario en el caso de Colombia y México que los mismos estén afectados a las actividades empresariales. El resto de los países relevados no contemplan la posibilidad de concursar al patrimonio fideicomitado.

Capítulo II - Fideicomiso: patrimonio de afectación [\[arriba\]](#)

El art.1 de la ley 24.441 define el instituto diciendo que: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

A su turno el art.14 establece que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. Lo que es completado por el art.15 que fija que los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude.

Para Kiper y Lisoprawsky, por definición, el fideicomiso es un contrato que genera un patrimonio separado o afecto, diverso al del patrimonio universal e incluso de otros patrimonios fiduciarios del mismo sujeto. El fiduciario tiene una sola personalidad (física o jurídica), y tendrá tantos patrimonios separados o afectos a una finalidad, como contratos de fideicomiso suscriba, amén de su - único patrimonio universal³¹. Los mismos autores enseñan que como efecto del contrato de fideicomiso, se produce una distorsión de la personalidad que convierte a ese sujeto de derecho en bifronte, es decir que en una de las caras posee su personalidad jurídica o física propia con su correspondiente patrimonio, y en la otra cara, la del fideicomiso, no hay una personalidad diferenciada, ni tampoco el fideicomiso la tiene (art.33 CC), no obstante por fuerza de ley, inevitablemente gravita en él un centro de imputación de obligaciones generadas por la actuación del fiduciario.

El maestro Richard³² nos enseña que personificar y patrimonializar son técnicas jurídicas creadas por el legislador para que la iniciativa grupal o individual, pueda generar centros de imputación propios de las relaciones de organización, para simplificar relaciones -tanto activas como pasivas- en relación con un patrimonio afectado a un fin.

Como vemos, la ley 24.441 crea un patrimonio especial, separado, diferente al patrimonio del fiduciante y del fiduciario, y por imperio de los artículos 14 y 15, dicho patrimonio no puede ser atacado por los acreedores del fiduciante o instituyente, dado que los bienes que entregó en fiducia no le pertenecen y forman ahora parte de un patrimonio distinto al suyo propio. Tampoco pueden ser atacados por los acreedores del fiduciario, por deudas contraídas en relación a su patrimonio personal, porque los bienes fideicomitados no entraron a su acervo personal, aunque ejerce el dominio y la propiedad de estos, pero en carácter de fiduciario, es decir que los bienes fideicomitados forman parte de un patrimonio afecto, diferenciado de los otros, destinado al fideicomiso, y en consecuencia

dicho patrimonio responde sólo por las deudas contraídas por la actividad del mismo patrimonio, dejando a salvo por razones lógicas la acción de fraude.

SISTEMA PARTICULAR DE LIQUIDACIÓN PARA EL CASO DE INSOLVENCIA

Otra particularidad del fideicomiso es el sistema propio de liquidación establecido para el caso de insolvencia. El art.16 de la ley 24.441, refiere que:

“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.”

De cómo debe ser la liquidación, la ley dice muy poco. Sólo una brevísima referencia al orden de los privilegios, pero ni una palabra acerca del trámite a seguir, efecto sobre las relaciones jurídicas preexistentes, verificación de créditos, publicidad, forma de realización de los bienes, etc. En síntesis, un lamentable silencio.³³

En tan solo unos pocos renglones, los legisladores pretendieron dar solución a la insolvencia del fideicomiso, con un sistema privado y ejecutivo, sin demoras, “venta y pague”, lo que suena fácil, pero no lo es.

Y es justo ante esta liviandad legislativa, donde comienzan a surgir los problemas.

El patrimonio de afectación constituido por el fideicomiso, al igual que cualquier patrimonio, sin importar el destino para el que fue creado, tiene la posibilidad de entrar en crisis, y sumergirse en una estado de insolvencia, hasta el punto incluso de resultar insuficiente su liquidación para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo, y dejar de este modo desamparados a muchos acreedores.

Ante el vacío legal imperante y lo mezquina que resultó la ley en el tratamiento de este tópico, normativa que poco resuelve en realidad, y deja todo muy librado a la voluntad del fiduciario, emergen una serie de problemas que comienzan a vislumbrarse en la ejecución y práctica de este tipo de contratos.

Pareciera que los legisladores no hubieran casi imaginado que el fideicomiso podría insolventarse, y solo previeron una salida muy simplista y privada, esto es que el fiduciario enajene los bienes fideicomitidos y entregue el producido a los acreedores, respetando el orden de privilegios de la ley de quiebras. Sistema para ellos llamado “liquidación”, como si la quiebra fuera mala palabra, o pensando en dotar al instituto de una coraza protectora superior, diferente, que no quiebre, que en las malas sólo liquide.

Para los Fideicomisos Financieros, la insuficiencia del patrimonio fideicomitado tiene un tratamiento diferencial por la norma, el mismo art.16 LF hace una remisión al art.24 de la misma ley -aunque lo correcto hubiera sido hacerla al

art.23 LF-, artículos que se encuentran contenidos en el Capítulo VI de la LF y que refieren:

“De la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero

ARTÍCULO 23. – En el fideicomiso financiero del capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio.

ARTÍCULO 24. – Las normas a que se refiere el artículo precedente podrán prever: a) La transferencia del patrimonio fideicomitado como unidad a otra sociedad de igual giro; b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales; c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso; d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado; e) La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman; f) Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado. La asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes tenedores de títulos que representen como mínimo dos terceras partes del capital emitido y en circulación; podrá actuarse por representación con carta poder certificada por escribano público, autoridad judicial o banco; no es necesaria legalización.

Los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable de tenedores de títulos que representen, a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación, salvo en el caso de las materias indicadas en el inciso b) en que la mayoría será de dos terceras partes (2/3) de los títulos emitidos y en circulación.

Si no hubiese quórum en la primera citación se deberá citar a una nueva asamblea la cual deberá celebrarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada; ésta se considerará válida con los tenedores que se encuentren presentes. Los acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de títulos que representen a los menos la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación.”

En este caso la LF esboza un procedimiento distinto al que establece para el fideicomiso ordinario y dispone para el caso de insolvencia del fideicomiso financiero, una participación activa y directa de los tenedores de títulos de deuda, quienes tendrán la posibilidad de participar de una asamblea convocada por el fiduciario, donde se fijarán las pautas que se seguirán para la administración y liquidación del patrimonio.

Si bien tampoco la LF establece un procedimiento específico que garantice los derechos de los acreedores, se supone que la participación directa de los tenedores para fijar las pautas de administración y liquidación, otorgan cuanto menos un viso de legalidad al procedimiento y no violenta el derecho de defensa de los tenedores. Lo que no implica que las pautas legales fijadas para la

insolvencia del fideicomiso financiero resuelvan toda la problemática procesal que se plantea a partir de la crisis del patrimonio fideicomitado.

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INSOLVENCIA DEL FIDEICOMISO. “CONCURSO SIN CONCURSO”. “QUIEBRA SIN QUIEBRA”

Como hemos visto, el patrimonio de afectación constituido por el fideicomiso, al igual que cualquier patrimonio, sin importar el destino para el que fue creado, si se trata de un fideicomiso de administración con mayor razón, tiene la posibilidad de entrar en estado de insolvencia, hasta el punto incluso de resultar insuficiente su liquidación para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo, y dejar de este modo desamparados a los acreedores.

Ante el importante vacío legal imperante en el caso de crisis del fideicomiso, surgen innumerables dudas y problemas, mas aun teniéndose en cuenta que la persona facultada por ley para liquidar es el propio deudor.

Los legisladores parecen no haber casi imaginado que el fideicomiso podría padecer dificultades económicas, o lo que es peor, quizás pensaron que podían evitar dicha situación con sólo impedir legalmente que quiebre. Ante la insolvencia, establecieron un procedimiento de mínima, que no tiene en cuenta cuestiones básicas para su factibilidad y legalidad.

El art. 16 de la ley 24.441, establece que:

“...La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según 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;...”

Del análisis del artículo transcrito podemos advertir que, el procedimiento pautado por la LF para el caso de insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del mismo es: privado y extrajudicial, y su concreción se encuentra en manos exclusivas del fiduciario, una suerte de “paraíso procesal” para el deudor.

Las serias carencias del procedimiento establecido por el art.16 LF se ponen en evidencia ante las siguientes cuestiones:

En primer término, se observa el vacío de la normativa que regula el fideicomiso, al no establecer con claridad un método concreto para compeler al fiduciario a reconocer la “insolvencia” o la “insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones generadas por el mismo fideicomiso”, frases que -sin entrar en el debate generado en torno a ellas- consideramos como sinónimos. No está pautado cómo ni quién puede obligar al fiduciario a reconocer la insolvencia, ni obligarlo a que liquide los bienes antes de que la situación se agrave. Si nos encontramos con un fiduciario remiso, las consecuencias de la insolvencia pueden agravarse sensiblemente.

La LF tampoco estableció método alguno para anteciar a todos los acreedores del proceso de liquidación del fideicomiso, a fin de que concurran a cobrar sus

créditos. Es decir que puede darse el caso que solo llegaren a concurrir aquellos que sean efectivamente llamados por el fiduciario, y que falten algunos. Esta falencia en el método de publicidad de la liquidación, no sólo puede dejar afuera del procedimiento a muchos acreedores, sino también incrementar notablemente la cantidad de acreedores “tardíos”.

Y es ahí donde surge otro grave problema de la norma, pues aquellos acreedores que lleguen tarde, luego de la liquidación y del pago, quedarán absolutamente desamparados, con sendas acciones por iniciar y sin posibilidades serias de cobrar un chelín.

Lo que debiera ser un proceso universal, en el cual se liquide la totalidad de los bienes integrantes del patrimonio fideicomitado y se pague a todos los acreedores del mismo, puede -en la práctica y por imperativo legal- perder esa característica de universalidad que necesariamente debería tener, y terminar en un proceso individual, sin contralor judicial, y con la participación parcial de los acreedores, a voluntad del fiduciario, por ende, viciado desde donde se lo mire.

Otro problema que genera la falta de debida regulación del sistema de liquidación de la LF, ante la insolvencia del fideicomiso, se evidencia ante los conflictos que pudieran surgir en torno a las acreencias: ¿Quién determina cuáles son los acreedores a quienes se debe pagar y cuáles no?, ¿y el monto y privilegio de los créditos?.

Para la LF todo debe hacerlo el mismo sujeto, el fiduciario, quien muy probablemente tuvo algo que ver en el estado de insolvencia en el que hoy se encuentra ese fideicomiso a su cargo. Según el texto actual de la LF es el mismo fiduciario quien debe resolver a qué acreedor debe pagar y cuánto debe pagarle, pues está facultado para ello, salvo que algún interesado en discordia acuda a un juez para que ponga fin a la disputa. Siendo el sistema previsto por la LF: la liquidación y pago por el propio deudor, resulta difícil pensar que este precepto pueda superar cualquier prueba de constitucionalidad.

Analicemos también el problema que se generaría si un fideicomiso debe ser liquidado por encontrarse en insolvencia y tiene embargados sus bienes, ¿cómo puede hacer el fiduciario para vender y pagar?: de algún modo deberá levantar el embargo, para lo cual seguramente deba desinteresar primero al embargante, aunque no respete el orden de privilegios de la quiebra. Salvo que el fiduciario logre una medida cautelar que le permita levantar el embargo -a efectos de poder vender y pagar como le ordena la LF respetando el orden de privilegios de la LCQ, medida que no será fácil obtener, si tenemos en cuenta los derechos en juego del acreedor embargante.

Mientras tanto, es decir mientras se resuelvan los planteos judiciales: ¿cómo se frenan las ejecuciones individuales contra los bienes fideicomitados?, seguramente los acreedores más diligentes cobrarán primero, aunque no tengan el privilegio para hacerlo, o mejor dicho violando el sistema de privilegios de la ley de quiebras, que si resulta aplicable según el art.16 LF.

Por su parte tanto el fiduciario o el acreedor, en caso de conflicto, seguramente puedan lograr una medida de no innovar hasta tanto se resuelva la disputa sobre la acreencia.

En todos estos casos, aquel sistema simple, privado y extrajudicial de liquidación pensado por los legisladores para los fideicomisos, comienza a hacer aguas.

Si seguimos escudriñando las posibilidades prácticas que surgen ante el estado de insolvencia del fideicomiso, notamos que son innumerables las incongruencias y problemas que genera la carencia normativa.

Otro ejemplo se daría en el caso de que sea el propio fiduciante quien establezca en el mismo contrato de fideicomiso que si el patrimonio fideicomitado entra en cesación de pagos, o en dificultades económicas o financieras de carácter general, el fiduciario “está obligado a procurar por todos los medios legales la solución de la crisis, incluso aplicando para ello los mecanismos o procedimientos de salvataje establecidos por la ley de concursos y quiebras, aun sin concursarlo”.

Es decir, que en caso de insolvencia, antes de liquidar el patrimonio fideicomitado, el fiduciante haya ordenado por contrato al fiduciario que busque la opción de un acuerdo preventivo extrajudicial, o que aplique el procedimiento creado para el concurso preventivo de manera extrajudicial, pero llamándolo de un modo diferente “proceso de refinanciación de deudas del fideicomiso” por ejemplo, y no “concurso preventivo” o “APE”, a fin de no violar el art.16 de la ley 24.441.

También contractualmente podría facultarse al fiduciario a solicitar la homologación judicial de dicho proceso, o directamente que el mismo se lleve a cabo judicialmente, lo que no vulnera la ley.

Eso sí, de ningún modo contará con las ventajas que la LCQ establece para los concursados, como ser la suspensión de los intereses de los créditos y de las ejecuciones individuales que agredan el patrimonio.

Tampoco los acreedores accederán a la *pars conditio creditorum*, donde el sacrificio es soportado por todos en forma proporcional cobrando en moneda concursal. Y sólo cobrarán los mejores privilegiados hasta donde alcancen los bienes, o los que primero ejecuten, como sostuve en párrafos precedentes.

¿Y los acreedores laborales? Bien gracias, que hagan fila, pues para ellos el pronto pago no existe, si esto es un proceso de refinanciación privado, quizás judicializado a pedido del fiduciante, o por voluntad del fiduciario, pero no un concurso preventivo.

Tampoco podrá imponerse a los acreedores remisos o tardíos el acuerdo homologado, pues carece de fuerza, pero a esa altura poco ha de importar pues dudo que algo quede para repartir.

Es decir que nada impide al fiduciante obligar por contrato al fiduciario a aplicar el mecanismo establecido para el concurso, aunque no sea un concurso, “un concurso sin concurso”, y llevarlo adelante.

Y si no logra el acuerdo, podrá entonces liquidar como dice la ley de fideicomiso, vender y pagar, “una quiebra sin quiebra”, pero que seguramente dejará un saldo de bajas importante, pues la batalla concluye con la liquidación de los bienes y la entrega del resultado en pago a los acreedores, ¿a cuáles? a los que estén en ese momento, y hasta donde alcance el producto de la liquidación.

De hecho, hoy en los tribunales argentinos ya se han presentado casos de liquidaciones de fideicomisos que piden la participación judicial, ya sea por cuestiones de legalidad o para evitar posibles planteos de nulidad. Lo cierto es que los fiduciarios han solicitado que el procedimiento de liquidación se lleve a cabo judicialmente, lo que ha sido receptado favorablemente por los jueces³⁴.

Y otros jueces incluso fueron más allá, y ordenaron la aplicación analógica de las normas concursales y societarias que mejor se adecuan al fideicomiso³⁵.

Estos son solo algunos ejemplos de los problemas que surgen ante la carencia normativa en el caso de insolvencia del fideicomiso, y en nada agota las posibilidades y variables que pueden surgir.

Es evidente que el sistema legislado para la insolvencia del fideicomiso es insuficiente y no resuelve el problema del instituto en el caso de crisis. La legislación debe ser actualizada.

SISTEMA MIXTO APLICADO EN LIQUIDACIONES JUDICIALES

Del mismo modo que comenzaron a surgir diferentes problemas ante la insolvencia de los fideicomisos, y cada operador intenta encontrar la salida más potable a la situación de crisis de ese fideicomiso con el cual se encuentra vinculado (algunos le piden la quiebra al instituto, otros ejecutan en forma individual, hay quienes optan por pedir la liquidación judicial, etc.) también han comenzado a aplicarse diversas “soluciones” a estos problemas, que surgen de la imaginación de quienes tienen a cargo la potestad de definir el procedimiento que se aplicará, dado el vacío legal imperante.

Así, cuando el contrato de fideicomiso no estipula cual será el procedimiento a seguir en caso de liquidación por insolvencia, algunos autores opinaron de la aplicación supletoria o subsidiaria de diversos sistemas liquidatorios establecidos por ley³⁶, entre ellos la aplicación del sistema establecido para el fideicomiso financiero (intra-sistémica), los procedimientos liquidatorios del Código Civil (partición hereditaria, división de condominio, disolución de sociedad conyugal), del C.P.C.C.N. (división de cosas comunes), el procedimiento de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, el de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, e incluso la aplicación conjunta y combinada de los procedimientos de la Ley de Sociedades Comerciales y la Ley de Concursos y Quiebras, denominado “Sistema Mixto”.

Darío Graziabile³⁷ entiende que “ante la insolvencia del patrimonio fiduciario, la ley prevé un procedimiento de liquidación sin quiebra (art.16 ley 24.441), y ello no es más que un procedimiento concursal, distinto sí, para las intenciones del legislador, al concurso preventivo, la quiebra o el acuerdo preventivo extrajudicial, reglados por la ley 24.522, pero sin procedimiento específico. Y nos preguntamos si al ser incompleta la ley en la materia no deberá completarse el procedimiento indefectiblemente con la ley concursal”.

Molina Sandoval considera que la correcta integración de la normativa nos coloca frente a un “mix” normativo entre el sistema liquidatorio societario y el proceso concursal. Prueba de ello es que la liquidación estará a cargo del fiduciario (similar en cuanto a sus efectos al procedimiento liquidativo de los arts.101 y ss. LSC). Asimismo, este esquema debería tener dos efectos propios de la universalidad: uno, la convocatoria de los acreedores al proceso de verificación de créditos, y

otro, la liquidación de los bienes para la distribución del resultado. Pero tampoco es estrictamente una liquidación judicial, al mejor estilo de las entidades financieras y las empresas aseguradoras³⁸.

Entre las pensadas aplicaciones supletorias de diversos sistemas, ha tomado especial relieve el “mix normativo” o “sistema mixto” en virtud a que fue aplicado pretorianamente, tal como surge del fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 Secretaría N° 34, 12/09/2011, “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/965/ Liquidación Judicial”, en el que el juez -ante el pedido del fiduciario de la liquidación judicial del fideicomiso dispuso la aplicación analógica de las normas de sociedades comerciales (art.101 y siguientes de la LS) y de concursos y quiebras (periodo de verificación).

En este fallo el juez recurre en forma concomitante a la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y a la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, haciendo uso del principio *iuria novit curia*, y ensambla un procedimiento “ad-hoc” a fin de dar solución a la liquidación judicial del fideicomiso a su cargo.

Entre los elementos aplicados en el caso referido, el juez ordenó un procedimiento verificadorio como el pautado por el art.32 y sgtes. LCQ, con previa publicación de edictos para dar publicidad a la liquidación judicial, y con notificación al fiduciante y al fideicomisario. Designó un co-liquidador para que actúe en forma conjunta con el fiduciario. Decretó la inhibición general de bienes del fideicomiso, y ordenó la realización de un inventario.

Si nos preguntamos cuál fue el motivo por el cual el juez prefirió mezclar dos tipos de procedimientos liquidatorios, creados con fines bastantes diferentes, y directamente no se definió por uno de ellos.

Evidentemente ello se debió al valladar legal del art.16 LF, es decir la imposibilidad de declarar en quiebra al fideicomiso, lo que surge con claridad del punto 2. de los considerandos de la sentencia que transcribo a continuación, donde el Juez vierte citas de diversos autores y jurisprudencia que hacen alusión a la imposibilidad de la aplicación de la ley de concursos y quiebras al fideicomiso:

“AUTOS Y VISTOS:...2. Se ha sostenido al analizar la problemática del patrimonio del fideicomiso en crisis, que una seria carencia del título lo de la ley 24.441 en la materia es que el instituto padece la ausencia de normas específicas que contengan y encaucen racionalmente la liquidación forzosa de los bienes fideicomitados, cuando éstos son “insuficientes” para responder “...por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso...” (art. 16) (Kiper, Claudio -Lisoprawski, Silvio V., “Tratado de Fideicomiso”, 2a ed. actualizada, Abeledo Perrot, 2004, pág. 431 y siguientes). El legislador quiso que esa liquidación -a cargo del fiduciario- se desarrollara fuera del ámbito judicial del concurso preventivo o la quiebra. La ley excluye diversas alternativas: concurso preventivo, el APE, la quiebra directa, ya sea a pedido del acreedor o la del propio deudor, como asimismo la quiebra indirecta y la extensión de la quiebra. Entonces, no es posible la quiebra de la persona -física o jurídica- del fiduciario en esa exclusiva calidad, tampoco del patrimonio fideicomitado y -menos- del fideicomiso, porque sencillamente es un contrato (Kiper, Claudio -Lisoprawski, Silvio, “Liquidación judicial del fideicomiso en crisis. Un precedente emblemático”, publicado en www.laleyonline.com.ar). En este sentido se ha expedido la jurisprudencia del fuero, en cuanto señaló que la *quaestio voluntatis* del legislador ha sido, sin duda, excluir de los sujetos pasibles de ser declarados en quiebra el patrimonio separado

conformado por los bienes fideicomitidos. Del contexto normativo que rige la especie, es determinante en la cuestión de que aquí se trata que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender tales obligaciones no da lugar a la declaración de quiebra del fideicomiso, sino que tal como lo prevé su régimen regulatorio debería procederse a su liquidación. La ley específica que regula esta materia establece con absoluta claridad que el patrimonio fideicomitado no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia, se trate de un fideicomiso común o financiero (CNCom., Sala A, 3.4.09, “Fideicomiso South Link Logistics s/ pedido de quiebra por Embal System S.R.L.; en igual sentido, CNCom., Sala E, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ liquidación judicial” del 15.12.10). En otras palabras, el problema radica en que el legislador omitió regular una salida organizada y consistente con un estado de crisis patrimonial, siquiera por que fuera autosuficiente ni un acuerdo que abarcara a todos los interesados en el patrimonio fiduciario, el remedio debe darlo la justicia (cfr. Kiper-Lisoprawski, artículo citado).” 39

Ahora bien, entiendo que el hecho de que la LF establezca que: “La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra” no es lo mismo que decir que “está prohibido aplicar a la insuficiencia de los bienes fideicomitidos el sistema liquidatorio de la LCQ”, incluso aún, el mismo artículo 16 LF ordena que el fiduciario a cargo de la liquidación: deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra .

Esto pone en evidencia una clara contradicción sistémica por parte del legislador, quien por un lado impide la declaración de quiebra, y por el otro aplica parte de dicha normativa al ordenar la aplicación de los privilegios de la LCQ. Otro error de técnica legislativa surge ante la carencia de un régimen supletorio que pudiera suplir los vacíos legales, la LF no hace remisión alguna a otra normativa, lo que genera incertidumbre y abre al juego del debate a los operadores jurídicos.

Entonces: ¿podemos aplicar el sistema liquidatorio de la quiebra?, el orden de privilegios seguro que sí por imperativo legal, ¿y el resto del sistema liquidativo de la LCQ?: en las condiciones actuales de la LF no veo impedimento para hacerlo.

Pues una cosa es declarar la quiebra del fideicomiso, y otra muy distinta es que ante la falta de estipulación visto en la LCQ, teniéndose en cuenta que incluso la aplicación de parte del mismo se encuentra específicamente ordenada por el propio art.16 LF.

Para Junyent Bas y Boretto⁴⁰ aunque les pese a los adversarios de los procesos concursales, que denotan su disconformidad con este tipo de procedimientos, el art.16 del Código Civil impone la aplicación analógica del sistema liquidativo más idóneo que, como veremos es el reglado en la ley concursal: aún cuando algunos autores sostienen que la analogía no es viable atento el carácter expreso de la prohibición.

Por otro lado, y girando el eje, si la preocupación se centra en la celeridad de la liquidación del fideicomiso, basta con analizar el sistema de la LSC (art.101 en adelante) para comprender que el trámite previsto por esta puede tardar tanto o más que un concurso preventivo o liquidativo, con lo cual la rapidez se desvanece a poco de andar.

Siguiendo el análisis de la sentencia que aplica el sistema mixto, en el punto 4. de los considerandos del fallo, el Juez expresa:

“4. Frente a la ausencia de normativa específica sobre el particular, se dispondrá la aplicación analógica de las normas de la ley de sociedades comerciales y de concursos y quiebras que mejor se adecuan a la naturaleza del instituto del fideicomiso. Es decir, se dispondrá su liquidación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 101 y siguientes de la ley 19.550, como seguidamente se detallará.

Sin perjuicio de ello, estimase adecuado a los fines de garantizar la protección de los derechos de los acreedores y beneficiarios, disponer la fijación de un plazo a fin de que concurren al domicilio del liquidador para hacer valer su condición de tales (analógicamente arts. 32 y siguientes de la ley 24.522).”

Particularmente disiento con la “solución” de aplicar la LSC ni siquiera en parte en caso de insolvencia del fideicomiso, justamente porque este sistema de liquidación no está pensado para la insolvencia, a pesar de lo regulado en el art.94 LSC respecto a las causales de disolución, entre las cuales en su inc.6 se incluye la “...declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o concordato resolutorio”. Este inciso no remite al proceso liquidatorio de la Sección XIII de la LSC y nada tiene que ver con el sistema liquidatorio de la LSC, dado que en caso de quiebra de la sociedad, está clarísimo que se aplica la LCQ y no el sistema de liquidación de la LSC previsto en los arts.101 a 112.

Luego en el art.109 LSC se establece que: “Extinguido el pasivo social, los liquidadores confeccionaran el balance final y el proyecto de distribución; reembolsarán las partes de capital, y salvo disposición en contrario del contrato, el excedente se distribuirá...”.

Es evidente que el sistema está pensado para disolver la sociedad como persona jurídica, personalidad que se niega al fideicomiso.

Además es imposible pensar que en un patrimonio en insolvencia se logre extinguir el pasivo, y distribuir los saldos excedentes. Me animo a decir que no hay posibilidad de que esto ocurra.

Entonces ¿porqué mezclar el sistema liquidatorio de la LSC con el de la LCQ?. Recordemos incluso que en la LCQ se encuentra específicamente establecido el proceso de liquidación de otros patrimonios en insolvencia (el patrimonio del fallecido, mientras los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país, art.2 LCQ).

Como verán, cuesta entender las bondades del “sistema mixto” para el caso de la insolvencia del fideicomiso, y empiezo a convencerme que -como bien dijo Apeles “zapatero a tus zapatos”-si algún procedimiento es dable aplicar subsidiariamente en caso de liquidar a un fideicomiso por insolvencia, el más indicado resultaría el sistema integrado en la LCQ.

Capítulo III - Proyectos legislativos en danza [\[arriba\]](#)

Actualmente contamos con dos proyectos vinculados al tópico en tratamiento.

Por un lado el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011 integrada por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, en su art.1687 reza: “Deudas. Liquidación...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.”

Como vemos de la redacción de la ley de fideicomiso vigente y del nuevo proyecto de código civil y comercial que cuenta con media sanción y pareciera pronto a nacer, se avecinan cambios rotundos.

No mas liquidación del fideicomiso en manos del fiduciario, lo que era obviamente absurdo y criticado por todos debido a la potencial responsabilidad de este sujeto en la eventual insolvencia. “Salvo que el contrato haya previsto el supuesto de liquidación por insuficiencia del activo y reglamentado el punto, el poder que se le otorga al fiduciario es desmesurado y hace de él en la práctica, dueño de la vida del fideicomiso. No se registran disposiciones análogas en el derecho comparado. Es un verdadero absurdo que quede al arbitrio del fiduciario -precisamente el responsable de la gestión fracasada la oportunidad y forma de la liquidación sin ningún recaudo legal ni judicial que asegure que se han dado los presupuestos de una ejecución colectiva”.⁴¹

Este cambio es fundamental, el fiduciario cuanto menos debe estar acompañado de un co-liquidador judicial si pretendemos darle seriedad al sistema.

El nuevo proyecto establece para el fideicomiso un sistema de liquidación judicial a cargo del juez competente, lo que coincide con la última tendencia jurisprudencial que permitió que por una razón de legalidad que las liquidaciones de fideicomisos se hicieran ante el juez o se habilitara la homologación para evitar posibles planteos de nulidad⁴².

En cuanto al procedimiento, el nuevo proyecto de código establece que lo debe fijar el juez a cargo “sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente”. Y de nuevo empezamos con los problemas irresueltos, pues este artículo abre la posibilidad a que cada juez pueda llegar a fijar un procedimiento distinto, a su gusto, si bien basado en la LCQ, pero en lo que considere “pertinente”, y que continúa llamándose “liquidación”. La cantidad de opciones de procedimiento que pueden llegar a surgir según la interpretación de cada juez es igual al número de jueces comerciales en actividad, ni que hablar del consecuente desconcierto para los operadores jurídicos que ello acarrearía. Cada maestrillo con su librillo, y los alumnitos, según el maestrillo.

Si bien el nuevo proyecto avanza hacia la concursabilidad del fideicomiso, no lo hace lo suficiente.

En otras palabras como dije anteriormente: un concurso sin concurso, o una quiebra sin quiebra. ¿Acaso no era más fácil y provechoso incluir al fideicomiso como sujeto concursable, y modificar el art.2 de la LCQ, o sólo el art.16 de la 24.441, como se hizo oportunamente con las mutuales?. Estimo que si.

Por otra parte tenemos el Proyecto de Ley (S-1669/12), presentado por la Senadora Nacional Liliana T. Negre de Alonso en mesa de entradas del Senado de la Nación en fecha 05/06/12, y girado a la Comisión de Legislación General el 14 del mismo mes, sin haber sido tratado por dicha comisión hasta el 26/04/13. El artículo primero de dicho proyecto propone la modificación del art.2 de la LCQ, agregándose un tercer inciso a fin que se consideran comprendidos como sujetos concursables: “3) Los fideicomisos no financieros sobre los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 16 y siguientes de la Ley 24.441.”

Asimismo, en el artículo segundo del proyecto, se propone la modificación del art. 16 de la Ley 24.441, el que quedaría redactado de la siguiente manera: “Artículo 16. Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones mencionadas anteriormente darán lugar al concurso preventivo o a la quiebra, cumplidas las condiciones y presupuestos establecidos en la ley 24.522 y modificatorias.”

En los fundamentos del proyecto, la Senadora Negre de Alonso menciona que mantener la no concursabilidad de los fideicomisos no financieros es hacer oídos sordos a las exigencias de la realidad actual, toda vez que se pretende darles otra oportunidad, mediante el concurso preventivo o la quiebra, de salir a flote, y no de liquidar sus bienes dejando sin emprendimientos importantes al país.

Hoy día es de conocimiento público y notorio la importancia que reviste el instituto del fideicomiso, regulado en la ley 24.441, para el desarrollo y bienestar del país, toda vez que los inversores encuentran atractiva poder poner en movimiento el capital y el trabajo en la Argentina. Es por aquella importancia y por muchas otras que consideramos que este instituto debe ser protegido por las leyes y qué mejor que darle una herramienta, un salvavidas para que este negocio jurídico no se liquide cuando haya obligaciones sin pagar, dándole, de este modo, la oportunidad para salir a flote nuevamente mediante las figuras del Concurso Preventivo y la Quiebra.⁴³

Dos proyectos diferentes para dar solución a un mismo tema. Lo concreto es que la normativa actual es insuficiente para resolver la insolvencia del fideicomiso y los vientos de cambio empiezan a correr. Pero hasta que esto ocurra algo debemos hacer.

EL CASO DE LAS MUTUALES

Como dije anteriormente, las asociaciones mutuales (reguladas por la ley 20.321), estaban excluidas inicialmente por el art.2 de la LCyQ y por el art.37 de la ley de Mutuales 20.321.

La Ley 20.321 promulgada el 27 de abril de 1973, en su artículo 37 establecía: “Las asociaciones mutualistas no podrán ser concursadas civilmente. En caso de solicitarse su concurso civil, los jueces deberán dar intervención al Instituto Nacional de Acción Mutual para que resuelva, si así correspondiere, la intervención y/o liquidación social. En consecuencia no será de aplicación a las entidades mutuales las disposiciones de la Ley de Concursos No 19.551.”

Conforme surgía del viejo artículo 37, si un acreedor pedía el concurso civil de la mutual, el juez tenía la obligación de comunicar dicho pedido al Instituto Nacional de Acción Mutua, quien debía verificar la situación patrimonial de la asociación mutua, y resolver en caso de insolvencia si intervenía o liquidaba la entidad. El sistema o proceso de liquidación no estaba específicamente regulado.

Como podemos observar, a pesar de estar expresamente vedado el acceso al proceso concursal, existiendo un pedido de concurso contra una mutua por parte de un acreedor, el juez debía dar inmediata intervención al ente de contralor para que tome cartas en el asunto, verifique la insolvencia y resuelva al respecto. Esto otorgaba un viso de legalidad ante la situación de impotencia patrimonial de la mutua, pues ante el reclamo judicial de un acreedor, participaba directamente el Instituto Nacional de Acción Mutua, a quien el juez estaba obligado a darle intervención. Cosa que de modo alguno ocurre con los fideicomisos, los cuales además de carecer de un órgano de contralor, también pone en manos del “encargado de la administración del deudor” la liquidación en caso de insolvencia.

Al igual que sucede actualmente con los fideicomisos, tanto la jurisprudencia⁴⁴ como la doctrina⁴⁵ abrieron el camino y comenzaron a dar señales claras de la necesidad de aplicar el sistema concursal en caso de insolvencia de las mutualidades, y surgieron fallos que ordenaron la aplicación lisa y llana de la normativa concursal a las liquidaciones judiciales o administrativas de asociaciones mutuales, aun estando expresamente prohibido por ambas leyes, la concursal y la ley de mutuales.

Hasta que el legislador se hizo eco de la necesidad del cambio y en noviembre del año 2000, el artículo 37 de la ley de mutuales fue derogado por la ley 25.374, promulgada el 28/12/00, norma que en su Artículo 1o establece: “Modifícase la Ley 20.321 de la siguiente manera:...d) Sustitúyese el artículo 37 por el siguiente: Artículo 37: Las mutuales quedan comprendidas en el régimen de la Ley 24.522.”

De este modo, las mutuales pueden concursarse, a pesar de que la LCQ continúa excluyéndola expresamente de los sujetos pasibles de concursamiento en el último párrafo de su art.2, el cual no fue modificado a pesar de las numerosas reformas que sufrió desde el año 2000 a la fecha, quedando incongruente con la ley 25.374.

En el caso de las mutuales llevó varios años comprender que el procedimiento concursal es sin dudas el sistema legal mas pensado y probado hasta el momento para resolver el estado de insolvencia de un sujeto o patrimonio, y si bien es perfectible en muchos aspectos, otorga un marco de legalidad y control sobre las actividades del deudor, que sumado a los principios de justicia distributiva y celeridad que cimentan la norma, permiten al insolvente y a sus acreedores una salida concreta de la situación de crisis.

CONCURSO DEL FIDEICOMISO “EMPRESARIAL” DE MÉXICO Y COLOMBIA

Tal como se mencionara al inicio de este trabajo, México es el principal emisor de fideicomisos de Latinoamérica, lo que convierte a la legislación de ese país y la evolución de la misma en un punto de referencia que debe ser tenido en cuenta, pues no podemos desconocer la vasta experiencia que tienen nuestros hermanos mexicanos en la práctica de los contratos de fideicomisos.

La Ley de Concursos Mercantiles de México del 12/4/00 establece cuatro tipos de fideicomisos: “El Fideicomiso Empresarial”, cuya finalidad principal es realizar actividades empresariales y se caracterizan por generar ingresos, pagar impuestos y tener obligaciones laborales; “El Fideicomiso de Administración”, cuyo principal objeto es la conservación y el incremento del patrimonio fideicomitado, para permitir la realización de los actos previstos en él; “El Fideicomiso de Garantía”, que sirven para garantizar a un tercero el cumplimiento de una obligación específica; y “El Fideicomiso Fuente de Pago” cuyo fin principal es el pago o cumplimiento de una obligación a favor de un tercero, en un momento determinado.

Los sujetos del fideicomiso mexicano son el fideicomitente, el fiduciario, el fideicomisario y el comité técnico. En este caso existen dos grandes diferencias con el modelo argentino: 1) el fiduciario debe ser una persona jurídica que cuente con permiso otorgado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (entre ellas: instituciones de crédito, compañías de seguros, instituciones de fianzas, casas de Bolsa, almacenes generales de depósito, sociedades financieras de objeto limitado o de objeto múltiple, el Banco de México); 2) el “comité técnico”, que es un cuerpo colegiado cuyos miembros son designados por el fideicomitente y los fideicomisarios, cuya función es instruir al fiduciario para que realice acciones concretas tendientes al cumplimiento de los fines del fideicomiso⁴⁶.

La legislación concursal mexicana considera como comerciante sujeto a concurso mercantil el patrimonio fideicomitado cuando se afecte a la realización de actividades empresariales (art.4o inc.II); es decir que el patrimonio fideicomitado se concursa como un ente independiente de los fideicomitentes y fideicomisarios que participan en él⁴⁷.

Möller⁴⁸ indica que esta “novedad legislativa confirma una realidad comercial insoslayable, cada vez más los fideicomisos son utilizados como vehículos facilitadores de negocios, proyectos inmobiliarios u operaciones comerciales complejas o “vivas” que utilizan como estructura básica para su creación operación y liquidación, un contrato de fideicomiso.

La Ley del impuesto sobre la renta de México, en su art.13 se incluye al fideicomiso con actividad empresarial como un ente generador de obligaciones fiscales, atribuyéndose los derechos y las obligaciones del contribuyente ordinario. La Legislación fiscal señala que se consideran actividades “empresariales” y por ende los tipos de fideicomiso empresarial (Art.16 del Código Fiscal de la Federación), las siguientes: comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, de pesca, silvícolas, y que con motivo de ello generen un resultado o pérdida que es fiscalizable por la autoridad y que debe ser atendida por el fiduciario. También se establece que el fideicomiso que realice cualquiera de las actividades empresariales consignadas será considerado como empresa; noción que da sustento y fortalece la posibilidad de su acceso al concurso mercantil⁴⁹.

Adhiero a las palabras de Möller⁵⁰, cuando refiere que se puede considerar que, de forma atinada, la legislación concursal mexicana presenta luces de avanzada o progresistas; una de ellas lo es, precisamente, el hecho de que por primera vez el derecho concursal mexicano contempla la posibilidad de concursar el patrimonio fideicomitado. Resulta innegable que con la inclusión del fideicomiso empresarial como patrimonio independiente sujeto al concurso mercantil, se reconoce por el legislador una imperante realidad económica.

Ahora bien, el autor mexicano⁵¹ refiere en su trabajo que existen dos dificultades prácticas en la implementación del concurso del fideicomiso en su país: una es “el estigma social” o efecto sociológico consistente en que el comerciante concursado sienta y efectivamente reciba, por parte de la comunidad a la que pertenece, un rechazo a su fracaso empresarial, situación que a su vez, genera la negativa del comerciante a aceptar la realidad financiera de su empresa y por ende retrase su solicitud de concurso hasta el último, con la grave consecuencia que ello acarrea; y otra es el “actuar cómodo” y en algunos casos hasta irresponsable de las instituciones fiduciarias que cargan sobre el Comité Técnico las responsabilidades de la insolvencia y se lavan las manos gracias a la normativa referida (ver nota al pie No60) que los libera de responsabilidades si actuaron cumpliendo las instrucciones impartidas por dicho comité.

Concluye Möller⁵² que el fideicomiso por su innegable flexibilidad estructural, operativa y de negocio, es un con trato complejo per se; y la posibilidad de llevarlo a concurso constituye un reto que incrementa dicha complejidad. Sin embargo resulta a todas luces conveniente que la legislación concursal mexicana recoja una realidad económica imperante: hoy por hoy, los fideicomisos constituyen un verdadero vehículo de inversión y desarrollo de negocios de suma importancia, y así como su flexibilidad, transparencia, certeza y seguridad ayudan a que en términos generales, los negocios que se realizan a través de ellos lleguen a buen término, también es cierto que mas de alguno, en su camino, enfrentará problemas de insolvencia y requerirá de las mejores herramientas a su alcance para reestructurar sus pasivos y continuar como un ente generador de riqueza, o bien para concluir con su propia existencia de una forma ordenada, reasignando los recursos económicos y humanos que involucraba en las fallidas actividades que le fueron encomendadas.

Por su parte, la legislación Colombiana, ha incluido por ley 1116 de 2006 a los patrimonios autónomos como sujetos activos de procesos de insolvencia.

Rivera Andrade⁵³ nos enseña que la inclusión de los patrimonios autónomos dentro del ámbito de aplicación de la ley de Insolvencia, ya sea en un proceso de reorganización empresarial o de liquidación judicial, es manifestación de (i) la denominada capacidad o legitimidad del patrimonio, pues en virtud de la imperiosa necesidad de cumplir con su finalidad, se legitima su posibilidad de acudir a este mecanismo judicial, en su carácter recuperatorio o liquidatorio, y (ii) la “autonomía” del patrimonio, pues al garantizar únicamente las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, carnar el mecanismo para materializar dicha garantía.

En desarrollo de la inclusión legal el gobierno nacional de Colombia profirió el Decreto 1038 de 2009, en virtud del cual reglamenta el proceso de insolvencia de los patrimonios autónomos “que desarrollen actividades empresariales”, definiendo a los mismos como aquellos que “tienen por objeto principal adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios”. Es decir que solamente serán susceptibles de ser sometidos a un proceso de insolvencia aquellos patrimonios que en sí mismos sean una empresa⁵⁴.

Se advierte que, compartiendo la tónica, y a pesar de sus diferentes sistemas concursales, primero México en el año 2000, y luego Colombia seis años después,

han accedido legislativamente a la posibilidad de concursar a los fideicomisos que desarrollan actividades empresariales.

OPCIÓN NOVEDOSA EN EL DERECHO FRANCÉS

En el año 2007 Francia sancionó su Ley de Fideicomiso No2007-211 luego de tres intentos de regular la figura, incorporando en el Código Civil el instituto, agregando en su Libro III el título XIV (artículos 2011 a 2021).

En el caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, la ley francesa aporta una solución que sin dudas dará que hablar. Establece en su artículo 2025 que el patrimonio del fiduciante constituirá la garantía prendaria común de dichos acreedores, salvo estipulación en contrario incluida en el contrato de fideicomiso, en virtud de la cual se establezca que la totalidad o una parte del pasivo quedará a cargo del fiduciario.

Asimismo el contrato de fideicomiso podrá prever que la obligación de hacer frente al pasivo fiduciario se limite al patrimonio fiduciario. Una cláusula de esta índole solo podrá ser oponible a los acreedores que expresamente la hayan aceptado⁵⁵.

Esta solución del derecho francés a la insolvencia del fideicomiso se contrapone a la independencia que posee el patrimonio de afectación creado por la Ley 24.441. Si el patrimonio del fiduciante es la garantía prendaria de los acreedores del fideicomiso, el instituto pierde una de las características básicas que le ha otorgado tanta practicidad y uso en el mercado, se desvirtúa su naturaleza especial de patrimonio separado del instituyente.

La posibilidad de separar parte del patrimonio de un sujeto y formar un patrimonio afecto a un destino determinado es uno de los elementos que ha permitido el crecimiento de la figura en nuestro país y su uso masivo para todo tipo de operatoria con comprobado éxito.

Pierde sentido entonces constituir un fideicomiso, si en el ejercicio de la manda otorgada al fiduciario, las deudas que contraiga este patrimonio están en definitiva avaladas por el propio fiduciante, su utilidad se desvanece.

Luego, la ley francesa le carga las tintas al fiduciario y establece la posibilidad contractual de que la totalidad o parte del pasivo quede a cargo del fiduciario, esto tornará casi imposible que un sujeto quiera cumplir ese rol, y asumir el cargo poniendo en juego su propio patrimonio, como garantía del pasivo que pudiere generarse por la gestión de su mandato.

Sería como pretender que un director o gerente de una sociedad deba responder con su patrimonio por los pasivos de la sociedad que dirige, opción que en nuestra ley sólo es válida en caso de mal desempeño de su cargo, culpa o dolo en su accionar que haya generado ese pasivo. Por otro lado, la normativa francesa, si bien agrega un garante al pasivo, ya sea el fiduciante como garante prendario, o el fiduciario total o parcialmente si así lo determina el contrato, esto no constituye una verdadera solución a la insolvencia del patrimonio fideicomitado, pues el fiduciante o el fiduciario a su vez podrían no tener patrimonio alguno que sirva para cubrir las deudas generadas por el fideicomiso, o estar a su vez en estado de insolvencia por su propio patrimonio. En ese caso seguimos con la insuficiencia patrimonial y la insolvencia, no ya de un patrimonio sino de dos. Entonces seguirá

el concursamiento del fiduciante por las deudas del fideicomiso que no puede concursarse.

Si se adaptara el «modelo francés» al fideicomiso argentino, no resolveríamos el problema de la insuficiencia del patrimonio fideicomitado, que si bien agrega un garante al fideicomiso, deja latente el problema del fideicomiso ante su insolvencia, lo que si seguramente se lograría es firmar el certificado de defunción del instituto en nuestro país, pues si algo motivó que la figura creciera del modo en que lo hizo desde su creación, es que fue dotada de una coraza de protección importante, empezando por ser un patrimonio especial, separado del patrimonio del instituyente.

OPINIÓN DE LA DOCTRINA NACIONAL ESPECIALIZADA

Sobre la necesidad de concursar al fideicomiso, la doctrina especializada de nuestro país -como era de esperar y en hora buena es discordante:

Por el sí, encontramos autores de la talla de Junyent Bas y Molina Sandoval⁵⁶ que opinan que no ha sido acertada la exclusión del patrimonio fideicomitado de las soluciones concursales, y si bien lo rechazan de lege lata lo aceptan de lege ferenda.

Molina Sandoval⁵⁷ sostiene que la problemática que deriva de la disposición del art.16 de la ley 24.441 es sumamente compleja y requiere de una urgente solución reformista que permita la concursabilidad del patrimonio fideicomitado.

Games y Esparza⁵⁸, reconociendo que el tema puede ser opinable, se manifiestan por la aceptación del concursamiento del fideicomiso, y lo fundan en los siguientes motivos: a) que se debe estar a formas jurídicas que eviten la liquidación de los patrimonios en cuanto sean viables económicamente; b) se debe interpretar restrictivamente la cuestión de la quiebra pero ello no implica que esté excluido expresamente el proceso concursal de concurso preventivo (ni en la ley concursal ni en el art.16 de la ley 24.441, con lo que se aplicaría el principio de que aquello que no está prohibido está permitido; c) la propia LCQ en el art.5 contempla una situación similar permitiendo el concurso de la persona de existencia ideal en liquidación; d) el concurso preventivo puede ser un marco jurídico que evite los aspectos negativos que toda liquidación implica; e) el concurso preventivo puede ser un medio para reestructurar un pasivo, o afrontar una desfavorable situación patrimonial y económica que permita fortalecer una unidad económica para el futuro; f) recurrir a un concurso preventivo también puede ser un parámetro de diligencia en el ejercicio de la función; g) las amplias facultades de la asamblea de tenedores (art.24 inc. f) también permitiría inducir la solución preventiva.

Truffat⁵⁹ refiere que el viejo dogma del patrimonio único está abandonado. Hoy un sujeto puede tener varios patrimonios (por ejemplo el propio y el fideicomitado). ¿Por qué no podría un fiduciario, como mejor modo de cumplir la manda, concursarse “solo” por el patrimonio en fideicomiso? No está prohibido por la ley, así que en principio está permitido (Constitución Nacional, art. 19) y la propia ley 24.441 prevé que alguien con dos patrimonios se concurse por uno solo de ellos: el fiduciario puede concursarse por sus deudas personales, si bien ello es motivo de apartamiento del fiduciario de su cargo. Hay supuestos en que, por haberse recurrido a fondos del público (que como contrapartida aparece como beneficiario) sería mucho más justo y útil intentar el concursamiento y no forzar

aportes que tal vez nunca lleguen para concluir en la liquidación. Se podrá objetar que resulta inadmisibles un “concursumiento” (no prohibido por ley), cuando la “quiebra” sí lo está. Sin perjuicio de lo ya dicho sobre la liquidación, apunto que en el derecho positivo argentino tal hipótesis existe: las mutuales solo pueden ser liquidadas por el Instituto Nacional de Acción Mutua (art. 36 de la ley 20.321), es decir que cuentan con un esquema de liquidación análogo pero no totalmente subsumible en el régimen de la quiebra, mientras el art. 37 del mismo cuerpo legal... expresamente habilita su concursabilidad preventiva.

Rivera, Roitman y Vitolo⁶⁰ sostienen que la ausencia de un precepto que vede el recurso al concurso preventivo significa que se lo admite como posible, máxime si se tiene en cuenta que el patrimonio fiduciario no ha sido objeto de una exclusión expresa en el art.2° de la ley 24.522.

Ton⁶¹ considera que el patrimonio fideicomitido, debiera liquidarse a través de un proceso falencial y con la presencia de un síndico que controle tal liquidación. Por eso propugna que debiera reformarse el artículo 16 de la ley 24.441 en cuanto no admite la declaración de quiebra del patrimonio fideicomitido y establecer que se debe liquidar a través del proceso falencial.

Por el no, Heredia⁶² considera que la ley 24.441 ofrece soluciones específicas que, en principio, no dan lugar a la aplicación de las concursales previstas por la ley 24.522. Y aunque el art.16 alude únicamente a la quiebra en referencia al fideicomiso común, la especificidad de las regulaciones reseñadas permite concluir que el régimen de la ley concursal queda excluido no solo respecto de la falencia, sino también respecto del concurso preventivo, trátase de fideicomiso común o financiero.

Giraldi⁶³ sostiene que quedan descartadas, en el sistema de la ley 24.441, las soluciones concursales preventivas que permiten superar dificultades coyunturales. El fiduciario, frente a la situación que describe el art.16, no puede intentar un acuerdo con sus acreedores. Debe en cambio, y sin dilación, pues la demora lo haría responsable si ella agravara el cuadro de insolvencia, proceder a liquidar el patrimonio fideicomitido, enajenando los bienes que lo integran para entregar el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra. Pero entre los acreedores privilegiados se encuentra también el fiduciario. Dado que resulta ser juez y parte, se produce una concurrencia de atribuciones poco aconsejables. Giraldi a su vez considera que contrasta la rigidez de la ley 24.441 con la flexibilidad de la ley 24.522, que fomenta la coincidencia entre los afectados por la impotencia patrimonial buscando el saneamiento económico y la conservación de la vida de la empresa en crisis.

Carregal⁶⁴ opina que de acuerdo a su visión dinámica de la ejecución de los fideicomisos el fiduciario podría intentar un acuerdo preventivo extrajudicial, con homologación judicial o sin ella, para superar un estado transitorio de impotencia financiera. Así como admite que el fiduciario pueda acudir al instituto del APE como método para prevenir la liquidación del patrimonio, considera que le está vedado el acceso al concurso preventivo regulado por la ley 24.522, sistema no contemplado por el art.16 de la ley 24.441. Lo que por otra parte produciría consecuencia sobre el fiduciario quien en este caso estaría exhibiendo su nombre en tribunales, con los consiguientes perjuicios derivados de la indudable lesión que podría seguirse para su prestigio comercial, aunque la insolvencia fuera totalmente ajena a su gestión.

Por su parte Kiper y Lisoprawsky⁶⁵, opinan que la solución esta en regular legislativamente un procedimiento de liquidación específico que atienda la situación de crisis en los fideicomisos, o bien incorporarlo al régimen del tratamiento y normas que contemplen la particular naturaleza y características de la figura.

Freire⁶⁶ entiende que no cabe un proceso concursal sino la liquidación del patrimonio afectado, lo que ve una solución coherente con la naturaleza del instituto.

Por su parte Márquez⁶⁷ sostiene que no es posible la presentación en concurso del patrimonio fideicomitado. El fideicomiso no es sujeto concursable (así como no es susceptible de quiebra) y la solución a los problemas que esta exclusión provoca debe buscarse por un correcto encuadre de la figura y los principios que la rigen.

En el medio encontramos opiniones como la de Graziabile⁶⁸ quien si bien comparte con los autores anteriores que el concursamiento del fideicomiso queda vedado por el art.16 de la ley 24.441, entiende que la aplicación del régimen concursal podría ser previsto contractualmente.

Una postura intermedia también asume Lascala⁶⁹, quien sostiene que en el caso de insuficiencia de los bienes fideicomitados no hay obstáculo alguno a que la liquidación del fideicomiso pueda realizarse de manera extrajudicial, siempre y cuando no estuviere comprometido un interés de carácter público o que mediare la existencia de incapaces, o que el acudimiento a la liquidación por vía judicial fuera una consecuencia del acuerdo de los interesados o de la falta de acuerdo de cómo realizarla. También sostiene que el mismo fiduciario puede acudir a sede judicial por decisión o iniciativa propia. Y en el caso de liquidación judicial cuando no se haya establecido un rito liquidatorio, considera que deberá aplicarse analógicamente cualquier tipo de normativa afín tendiente a la liquidación de un patrimonio, de entre las contenidas en el Código Civil (liquidación de sociedades conyugales, comerciales, civiles, división de condominio, etc.) o fuera de él (ley de sociedades comerciales 19.550 o de concursos 24.522) o por analogía y afinidad la normativa establecida para la liquidación de fundaciones, mutuales, cooperativas, etc.

Por último Richard⁷⁰ nos brinda una visión diferente al considerar que la insolvencia del fideicomiso no es un supuesto probable dentro del subsistema creado, pues al igual que en las sociedades el concurso o quiebra no debería devenir si se aplicaran las normas imperativas del régimen especial, y de producirse podría estar íntimamente vinculado a acciones u omisiones de los administradores, o abusos de los controlantes, que permitirían promover acciones resarcitorias de los daños causados. La ley del fideicomiso, al imponer la liquidación ante “la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender estas obligaciones”, ha generado un supuesto similar a la “pérdida del capital social” en las sociedades, situación muy diferente a su insolvencia o cesación de pagos, que actúa preventivamente evitando se agrave la crisis.

Como todos los debates doctrinarios de buena fe, la creación de dos campos -pro y contra- son meras ejemplificaciones expositivas. Obviamente quienes militan en un campo u otro comparten el deseo de que la figura funcione bien y son conscientes

de los problemas prácticos que irroga la casi nula y poco feliz regulación del sistema con el cual responder al fenómeno de la cesación de pagos.

Las diferencias, en verdad, pasan por aquellos que miran el problema pero entienden que la única solución es por vía de modificación legislativa y quienes, al revés, buscan variantes y alternativas -sin aguardar el pronunciamiento del legislador para ello transitan los defectos del sistema, sus silencios y las reglas de la analogía del art. 16 del CC. Ello en pos de una respuesta actual posible.

El mayor o menor énfasis de tales posturas, algunas quizá demasiado vehementes, no es imputable a la suscripta quien se limita a reseñarlas, entendiendo que es tan meritorio no bajar los brazos y aguzar el ingenio para hallar respuestas donde no las hay, como -al revés- rendirse ante lo que se considera la realidad y viéndola tal cual es, actuar en consecuencia.

Capítulo IV - Fideicomiso de acciones frente a la LCQ y otros menesteres [\[arriba\]](#)

En el Fideicomiso de Acciones el fideicomiso es un instrumento apto para canalizar negocios en los que el objeto son participaciones societarias, es decir títulos accionarios regulados por la Ley de Sociedades, ya no sólo con finalidad de garantía. El fiduciario a quien se le transmite acciones deviene en socio con la finalidad que establezca el contrato de fideicomiso que lo instituye⁷¹.

Frente a la sociedad, el fiduciario participa como verdadero socio pues en él se encarna la ficción legal del “socio”, y es el fiduciario quien ejerce los derechos y obligaciones de cualquier socio (derecho de percibir dividendos, de voto, de información, etc. obligación de abstenerse en caso de interés contrario art.248 LS, etc.), por supuesto que en este caso el interés del fiduciario, como socio, es el interés del fideicomiso al que representa y que lo instituyó como tal.

Pudiendo el fideicomiso de acciones ser titular de paquetes accionarios, puede en consecuencia ser titular del paquete de control de una sociedad, y ejercer tanto el control interno de hecho como de derecho sobre dicha sociedad (art.33 LS).

Es en este punto donde se genera otra rispidez entre la normativa del fideicomiso y la ley concursal que despierta inquietud y debe ser analizada con profundidad.

El artículo 161 de la ley 24.522 en su inciso segundo establece la extensión de quiebra a toda persona controlante de la sociedad fallida cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, habiendo logrado ello en ejercicio de control interno de hecho o de derecho.

Entonces surge la pregunta ¿puede extenderse la quiebra a un fideicomiso controlante de la fallida si se diera el caso de abuso de control establecido por el art.161 y concordantes de la LCQ?.

La primera respuesta es no, porque por imperio del art.16 de la Ley 24.441, el fideicomiso no puede quebrar. Y nos encontramos entonces con un nuevo privilegio del fideicomiso, el cual a pesar de no tener personería jurídica se le permite ser socio de sociedades comerciales, y en ejercicio de sus derechos como socio bien podría incurrir en la causal de extensión de quiebra, pero no quebrará por extensión como podría ocurrir con el resto de los sujetos en iguales circunstancias,

porque posee una armadura especial que lo protege de los embates de los acreedores llamada "Artículo16".

Tamaño armadura también sirve para impedir que los acreedores del fideicomiso, los beneficiarios y los fideicomisarios, puedan pedir la quiebra del fideicomiso, lo que violenta directamente el derecho de igualdad de estos sujetos (art.16 CN), pues no tienen el mismo derecho -propio de cualquier acreedora pedir la quiebra ante la cesación de pagos de su deudor cuando el crédito proviene de un patrimonio fideicomitado, como sí puede hacerlo contra cualquier otro deudor, lo que otorga al instituto un privilegio solapado más.

Son estos mismos sujetos los acreedores del fideicomiso, los beneficiarios y los fideicomisarios quienes en caso de resultado negativo en la liquidación del fideicomiso quedan sin cobrar ni siquiera en moneda concursal, opción que si permite la ley de concursos, al no ser factible la quiebra del instituto, lo que vulnera el derecho de propiedad resguardado por el art.17 de nuestra Carta Magna.

Y ni que hablar si existe una confusión patrimonial inescindible (art.161 inc.3 LCQ) entre los bienes del fi remos ante otro supuesto en el que puede darse lugar a incongruencias, al punto de terminar concursándose bienes pertenecientes al patrimonio fideicomitado que estén confundidos con el patrimonio personal del fiduciario.

Estas son sólo algunas de las cuestiones acrimoniosas que surgen del juego dinámico entre la ley de fideicomiso y la normativa concursal vigentes, que deberían revertirse mediante reformas legislativas serias y meditadas.

INEFICACIA CONCURSAL DEL FIDEICOMISO ANTE SU PROPIO CONCURSO

No puedo desconocer que la posibilidad de incluir al fideicomiso como sujeto o mejor dicho como patrimonio concursable puede causar una serie de inconvenientes a la hora de ponerlo en práctica, incluso hasta difíciles de prevenir conceptualmente.

El análisis de algunas cuestiones que se presentan a priori, puede ayudarnos a visualizar posibles problemas o soluciones a tener en cuenta.

Por ejemplo podría darse el caso de que en la quiebra del fideicomitente se declare la ineficacia del contrato de fideicomiso llevado a cabo por este, y esta ineficacia sea declarada mientras se encuentre en trámite el concurso preventivo de ese fideicomiso. ¿Qué ocurriría entonces? ¿Qué Juez entendería? ¿Cómo continúa el proceso? ¿Sigue el concurso o se desvanece?

Entiendo que deberá actuarse del mismo modo que si en lugar del concurso estuviera tramitando la liquidación del patrimonio fideicomitado, que incluso hoy sabemos bien puede ser una liquidación judicial, tal como vemos en los expedientes en trámite actual de algunos fideicomisos.

Es decir que si se declara la ineficacia del contrato de fideicomiso, el patrimonio fideicomitado existente a la fecha pasará a integrar el activo falencial en la

quiebra acudir ante el juez de esa quiebra a procurar sus derechos, si algún remanente quedara.

INCONSTITUCIONALIDAD A MODO DE ALTERNATIVA

Luego del análisis realizado en los puntos precedentes, pareciera que debemos esperar la vigencia del nuevo código civil y comercial, o la reforma de las leyes 24.522 y 24.441 para concursar al fideicomiso, salvo que de lege lata surgiera alguna opción actual para concursarlo.

Al respecto, entiendo que hasta que las reformas legislativas se produzcan, el interesado en concursar un fideicomiso a fin de encontrar una alternativa real de continuidad y saneamiento del mismo, previa a la liquidación impuesta por ley, puede solicitar el concurso planteando la inconstitucionalidad del art.16 de la ley 24.441.

Dicha inconstitucionalidad encuentra base en los siguientes fundamentos:

1) la desigualdad de trato (art.16 CN) del patrimonio fideicomitado con otros patrimonios separados para los cuales si se permite la solución concursal (patrimonio del fallecido y bienes existentes en el país de deudor domiciliado en el extranjero) y con las mutuales las cuales también pueden concursarse a pesar de estar expresamente excluidas del art.2 de la LCQ;

2) la violación del derecho de defensa (art.18 CN) de los acreedores beneficiarios y fideicomisarios, y del principio de razonabilidad (art.28 CN), quienes en caso de insolvencia del fideicomiso ante el gran vacío legal imperante, están a las expensas de la voluntad del fiduciario quien puede aplicar el sistema de liquidación que le venga en ganas, o lo que es peor no reconocer la insolvencia, no liquidar o liquidar cómo y cuando quiera, incluso cobrando él sus honorarios al igual que los acreedores, aun siendo causante de la insolvencia⁷²;

3) la violación del derecho de propiedad (art.17 CN) de los acreedores, de los beneficiarios y fideicomisarios, los cuales en caso de resultado negativo en la liquidación quedarían sin cobrar ni siquiera en moneda concursal, posibilidad que si permite la LCQ⁷³;

4) la violación del derecho de igualdad (art.16 CN) de los acreedores, de los beneficiarios y fideicomisarios, pues no tienen el mismo derecho propio de cualquier acreedor a pedir la quiebra ante la cesación de pagos de su deudor, cuando el crédito proviene de un patrimonio fideicomitado, otorgándose al instituto un privilegio solapado⁷⁴.

5) la desigualdad de trato del fideicomiso en su faz de accionista controlante, en relación a cualquier otro tipo de accionista controlante de una sociedad quebrada, en este punto el art. 16 de la LF le otorga otro privilegio encubierto, al protegerlo de la extensión de quiebra por control abusivo.

6) la desigualdad de trato del fideicomiso en su faz de deudor, al impedírsele una solución preventiva superadora de la crisis, basada en la negación de la personalidad, a pesar de ser un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art.30 CC), no así de la personalidad fiscal para tributar.

7) también la inexistencia de un medio coercitivo a los fines de la liquidación del patrimonio deja dudas respecto de su constitucionalidad. La Ley 24.441 debe arbitrar un medio para que terceros interesados en la distribución del activo fiduciario puedan solicitar la liquidación de un patrimonio que se presenta impotente para satisfacer regularmente las obligaciones contraídas en la dinámica del fideicomiso. La ley no puede amparar un paraíso patrimonial en donde reine la libre voluntad del fiduciario en perjuicio de los acreedores⁷⁵.

8) violación de los arts.17 y 18 de la CN y de los tratados con jerarquía constitucional (art.31 y 75 inc.22 de la CN y del art.8o del Pacto de San José de Costa Rica) al implementarse un sistema de liquidación colectiva de bienes -ante una situación de insolvencia o cesación de pagos que prescinde de toda intervención judicial y que pone a cargo de un sujeto privado (el fiduciario titular del peculio insolvente) la realización del activo, y la distribución de su producido a favor de los terceros acreedores del patrimonio fideicomitado, generados con motivo de la ejecución del fideicomiso⁷⁶.

Conclusiones [\[arriba\]](#)

En caso de liquidaciones de fideicomisos, cuando no se encuentre previsto contractualmente un procedimiento específico, debe aplicarse el sistema concursal puro establecido por la LCQ, siendo éste el sistema más adecuado -hasta el momento para la correcta liquidación de un patrimonio en insolvencia.

La solución que otorgó al fideicomiso empresario el acceso al concurso viene siendo probada desde hace más de una década en el país que más fideicomisos emite en Latinoamérica, y si bien la alternativa no ha sido usada en demasía, ha brindado una solución concreta y organizada para el caso de insolvencia del patrimonio fideicomitado, que sin dudas resulta mejor que aquellos engendros con los que actualmente contamos en nuestro país.

Los defensores a ultranza del fideicomiso se niegan a esta opción debido al mismo estigma social que demora las presentaciones en concurso en aquellos países en donde si se encuentra autorizado la aplicación del procedimiento concursal. El deshonor que significa para el fiduciario exponer su nombre a un concurso, crea una barrera de oposición doctrinaria a la inclusión del sistema de salvataje de la LCQ, que perjudica no sólo a los diversos operadores involucrados en un fideicomiso, sino más aun al propio fideicomiso, porque se le impide acceder a un sistema de solución preventiva de la crisis, condenándolo indefectiblemente el emprendimiento al fracaso, sin importar que se llame “liquidación” o “quiebra”, fracaso al fin.

El procedimiento de liquidación en caso de insolvencia establecido por el art.16 de la LF es inconstitucional, y viola en forma concreta los arts.16, 17, 18, 28 de la Constitución Nacional, por lo que considero que hasta tanto no se reforme la legislación vigente, se podría solicitar la apertura del concurso preventivo de un fideicomiso planteando la declaración de inconstitucionalidad del art.16 LF.

Como corolario considero que deben abrirse las puertas de la concursabilidad al fideicomiso, principalmente al fideicomiso de administración u ordinario, mediante la reforma normativa pertinente, siendo el concurso el mejor camino concebido

hasta el momento para sacar un patrimonio del estado de insolvencia, respetando el interés de todo el espectro de involucrados en esa crisis.

Podrá de este modo otorgarse una alternativa real para emerger de la crisis a aquellos fideicomisos a través de los cuales operan verdaderas empresas que son económicamente viables y socialmente útiles. Y si mediante la aplicación del procedimiento preventivo concursal no se consigue paliar la insolvencia, entonces sí acceder a una solución liquidativa.

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

Debo aclarar que las conclusiones arribadas no implican reconocer -ni siquiera pensar que el procedimiento concursal sea la gloria y por ende la panacea ante cualquier mal, pues dije y reitero, que es perfectible, que también necesita una reforma integral y la adaptación a los nuevos tiempos y desafíos actuales de la dinámica mercantil, entre ellos la consideración de nuevos mecanismos reducidos en complejidad y tiempo para aquellos “sujetos” o “patrimonios” que requieren un tratamiento diferencial en virtud a su envergadura, características y necesidades, llámese consumidor, pymes o fideicomisos.

Pero hasta tanto ello ocurra, sostengo que el mejor procedimiento existente para el tratamiento de la insolvencia, sin importar quién es el deudor, es el regulado por la ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

Alegría Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”. LL 2007C900.

Allende Lisandro A. Borda Guillermo J, “Apuntes sobre la práctica del fideicomiso”. LL 2007D, 1267.

Alterini Jorge Horacio, Alterini Ignacio Ezequiel “Pluralidad de regímenes del dominio fiduciario”. LL 2010C, 1147.

Barreiro, Marcelo G. y Truffat, E. Daniel “Fideicomiso e Ineficacia”, Ponencia presentada en la Jornada Nacional de Derecho Financiero y Bancario preparatoria del II Congreso nacional de Derecho Bancario, Bs. As., 4 y 5 de Octubre de 2012.

Boente, Paula, “Argentina es el tercer país de la región que más fideicomisos emite”, Infobae, ejemplar del 27/6/2006, Sección “Dinero”.

Carregal, Mario A. “El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la Ley 24.441” LL 2007B, 1165.

Carregal, Mario A. "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios" Ed. Heliasta, Bs. As. 2008.

Catuogno, Juan Luis "Fideicomisos con objeto financiero. Injustificado desigual Tratamiento respecto de las empresas de base societaria o unipersonales" Sup. Act. 21/07/2009, 1IMP2009-14, 1117.

Cerutti Rafael E. "Ajuste por inflación impositivo: estado actual de la cuestión". JA 20051-1343.

Constantino Juan A., Canestrini Ana M., Fortini, Patricia y Giménez Bauer, Marcela. "Quiebra del Consorcio de Propietarios y de los Consorcistas por Deudas Consorciales. Su factibilidad" ED 174-1006.

Dasso Ariel A. "Derecho Concursal Comparado", Legis, Bs. As. 2009.

Favier Dubois (h), Eduardo M "Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima" LL 2010-F, 842.

Favier Dubois (h), Eduardo M. "La sustentabilidad Legal del Fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso" ED 229-657.

Favier Dubois, Eduardo M. "Concursos y Quiebras" Errepar, Bs.As., 2003.

Fernández, Mónica "FINANZAS Fideicomisos llegan a cooperativas y mutuales" <http://www.infobae.com/notas/nota.php?Idx=146873&Idx Seccion=0> 20-10-04 |. Fecha de última consulta 21/03/2013.

Figuroa, Tomás Ise "Cuasi concursalidad de los bienes fideicomitidos" LL 1999-A, 899.

Freire, Bettina V. "El Fideicomiso. Sus Proyecciones en los Negocios Inmobiliarios". Editorial Abaco, Bs. As., 1997.

Cerutti Rafael E. "Ajuste por inflación impositivo: estado actual de la cuestión". JA 20051-1343.

Constantino Juan A., Canestrini Ana M., Fortini, Patricia y Giménez Bauer, Marcela. "Quiebra del Consorcio de Propietarios y de los Consorcistas por Deudas Consorciales. Su factibilidad" ED 174-1006.

Dasso Ariel A. "Derecho Concursal Comparado", Legis, Bs. As. 2009.

Favier Dubois (h), Eduardo M "Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima" LL 2010-F, 842.

Favier Dubois (h), Eduardo M. "La sustentabilidad Legal del Fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso" ED 229-657.

Favier Dubois, Eduardo M. "Concursos y Quiebras" Errepar, Bs.As., 2003.

Fernández, Mónica "FINANZAS Fideicomisos llegan a cooperativas y mutuales"
<http://www.infobae.com/notas/nota.php?ldx=146873&idx Seccion=0 20-10-04>
|. Fecha de última consulta 21/03/2013.

Figuroa, Tomás Ise "Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos" LL 1999-A, 899.

Freire, Bettina V. "El Fideicomiso. Sus Proyecciones en los Negocios Inmobiliarios". Editorial Abaco, Bs. As., 1997.

Cerutti Rafael E. "Ajuste por inflación impositivo: estado actual de la cuestión". JA 20051-1343.

Constantino Juan A., Canestrini Ana M., Fortini, Patricia y Giménez Bauer, Marcela. "Quiebra del Consorcio de Propietarios y de los Consorcistas por Deudas Consorciales. Su factibilidad" ED 174-1006.

Dasso Ariel A. "Derecho Concursal Comparado", Legis, Bs. As. 2009.

Favier Dubois (h), Eduardo M "Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima" LL 2010-F, 842.

Favier Dubois (h), Eduardo M. "La sustentabilidad Legal del Fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso" ED 229-657.

Favier Dubois, Eduardo M. "Concursos y Quiebras" Errepar, Bs.As., 2003.

Fernández, Mónica "FINANZAS Fideicomisos llegan a cooperativas y mutuales"
<http://www.infobae.com/notas/nota.php?ldx=146873&idx Seccion=0 20-10-04>
|. Fecha de última consulta 21/03/2013.

Figuroa, Tomás Ise "Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos" LL 1999-A, 899.

Freire, Bettina V. "El Fideicomiso. Sus Proyecciones en los Negocios Inmobiliarios". Editorial Abaco, Bs. As., 1997.

Funes, Saturnino y Amallo, Daniela N. "Fideicomiso", Cuadernillos de la Universidad Austral, Depalma, Bs. As., 1996.

Games, Luis. M.F. y Esparza, Gustavo A., "Fideicomiso y Concursos", Depalma, Bs. As., 1997.

Gebhardt, Marcelo "Ley de Concursos y Quiebras" Astrea, Bs. As. 2008.

Gebhardt, Marcelo y Gerscovich, Carlos G., "Elementos de Derecho Comercial", La Ley, Bs. As., 2012.

Giraldi, Pedro Mario, “Fideicomiso (Ley 24.441)” Depalma, Bs. As., 1998, pág.120.

Graziabile Darío J. “Historia y Tendencia de los Presupuestos Concursales” El estado de cesación de pagos y los sujetos concursables. <http://www.bufetebaro.com/pubdocs/DERECHO%20CONCURSAL/GRAZIABILE-presupuestos-de-los-procesos-concursales.htm> Fecha de última consulta el 21/03/2013.

Graziabile, Darío J. “Insolvencia y Fideicomiso”. LL 2005-A, 1363.

Heredia, Pablo D., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Abaco, Bs.As., 2000.

Herrero Pons, Jorge “Práctica Contrato de Fideicomiso”, Ediciones Jurídicas, Bs. As, 2009.

Junyent Bas F. y Molina Sandoval Carlos A., “Ley de Concursos y Quiebras”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009.

Junyent Bas, F. y Boretto, Mauricio “Luces y Sombras de la Liquidación por Insuficiencia del Patrimonio Fideicomitado. A propósito del art.16 de la Ley 24.441. ¿Proceso “Extrajudicial” o “Paraconcursal”?” ” trabajo publicado en el libro “El Fideicomiso en la Sociedades y los Concursos”, del IADC, Legis, Bs. As., 2011.

Junyent Bas, Francisco y Boretto, Mauricio “Acerca de la Constitucionalidad del Mecanismo de Liquidación del Patrimonio Fideicomitado -Por Insuficiencia de Bienes Previsto en el Art.16 de la Ley 24.441”, ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán 2012, publicada en el libro de ponencias “Por un mejor Derecho Concursal”, Astrea, T.III, pág.205.

Junyent Bas, Francisco y Kemelmajer de Carlucci, Aida, Prólogo al Libro en “Homenaje al Dr. Osvaldo J.Maffía”, Lerner Editora, 2008.

Kiper, Claudio M - Lisoprawsky, Silvio V. “Tratado de Fideicomiso”, Abeledo Perrot, 3ra. Ed., 2012.

Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio, “Liquidación judicial del fideicomiso en crisis. Un precedente emblemático” LL 2011-C, 212.

Lascaia, Jorge Hugo “Practica del Fideicomiso” Astrea, Bs.As., pág.223.

Lisoprawski Silvio “Fideicomiso, ni ángel ni demonio” LL 2007E. 1038.

Lisoprawski Silvio, Martorell Ernesto E. “Crisis de fideicomisos emblemáticos. Nuevos Alcances de la responsabilidad del fiduciario”. LL 2009C. 1206. Obligaciones y Contratos Doctrinas esenciales. Tomo VI 01/01/09, 725.

Lisoprawski, Silvio, “La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El “limbo” o la subsistencia “ultra vires”. LL 2008-B,912.

Lorente Javier A., “Ley de Concursos y Quiebras - Ley 24.522 Comentada y Anotada”.Ediciones GOWA Profesionales, Bs As, 2000.

Lorente Javier, Revista Prudentia Juris, No 52 UCA, p. 43 y sgtes.

Maciel, Hugo D. “La cesación de pagos en la Ley de Quiebras 24.522” LL 1997-D. 1280.

Maffía, Osvaldo J. “¿Por qué caducidad de los plazos en el concurso preventivo?”. LL 1986E.895.

Maffía, Osvaldo J., “La Ley de Concursos Comentada”, Ed. Depalma, Bs. As., 2001.

Márquez, José F. “El Fideicomiso” La Ley, Bs. As., 2008.

Martorell, Ernesto “El fideicomiso: Breve estudio crítico de la utilización de ésta figura en la argentina de hoy” LL 2007-B, 817.

Mayer, Mariano “Insolvencia del Fideicomiso Ordinario. Régimen actual y modificaciones propuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, 22-08-12, Revista Argentina de Derecho Concursal, IJ-LXV-632.

Molina Sandoval, Carlos A., “El Fideicomiso en la Dinámica Mercantil”, Editorial B de F, 2009, Montevideo - Buenos Aires.

Möller, Mariano “El Concurso del Fideicomiso Empresarial en México” trabajo publicado en el libro “El Fideicomiso en la Sociedades y los Concursos”, del IADC, Legis, Bs. As., 2011.

Nedel, Oscar “Crisis. Personas y Empresas en Dificultades” ConTexto, Chaco, 2011.

Nissen Ricardo - Pardini Martha - Vítolo Daniel. “Responsabilidad y abuso en la actuación societaria”, Astrea, Bs. As., 2002. 49.

Orelle, José María “El Fideicomiso en la Ley 24.441” LL1995-B, 874. 4

Richard, Efraín H. “Centros de Imputación: El Fideicomiso (Técnica de Patrimonialización). Donde se Dialoga sobre el Patrimonio Afectado, Los Terceros y La Liquidación” trabajo publicado en el libro “El Fideicomiso en la Sociedades y los Concursos”, del IADC, Legis, Bs. As., 2011.

Rivera Andrade, Diana “Los Negocios Fiduciarios en los Procesos Concursales Colombianos. Aspectos Generales” trabajo publicado en el libro “El Fideicomiso en la Sociedades y los Concursos”, del IADC, Legis, Bs. As., 2011. Rivera, Julio C., Roitman, Horacio y Vítolo, Daniel R. Ley de concursos y quiebras Rubinzal-Culzoni 2000.

Rivera, Julio C., Roitman, Horacio y Vítolo, Daniel R. Ley de concursos y quiebras Rubinzal-Culzoni 4ta. Ed. 2009.

Romano, Alberto A., “Las mutuales y su liquidación”. LL 1987-E, 1049.

Rosenfeld, L. Carlos “Antecedentes Históricos del Fideicomiso” LL 1998-E, 1191.

Rouillon, Adolfo A. N. “Régimen de Concursos y Quiebras” Astrea, Bs. As., 2000.

Tauryzkyj, Jeremías M. “Es posible la apertura de un concurso preventivo de una ex entidad financiera a la luz de la reforma legislativa en la república argentina”. (www.estudioton.com.ar) Fecha de última consulta el 21/04/2012.

Ton, Walter Rubén. Ponencia: “El Fideicomiso en Insolvencia Debe ser Liquidado a Través de la Quiebra”. www.estudioton.com.ar Fecha de última consulta: 24/04/13.

Tonon, Antonio. “Derecho Concursal. Instituciones generales”. Depalma, Bs. As., 1988.

Truffat, E. Daniel “El fideicomiso frente al concurso” Informe al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, México, D.F. 17 a 19 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.iidcmx.com.mx/ponencias/ponencia_danietruffat.pdf Fecha de última consulta: 10/01/13.

JURISPRUDENCIA

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10 Secretaría N° 20, 30/12/2008, “Fideicomiso South Link Logistics s/ Pedido de Quiebra por Embal System SRL” Expte. No089866.

CNCom, Sala E, 15/12/2010, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación” Expte.No35979/2009.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 Secretaría N° 34, 12/09/2011, “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96S/ Liquidación Judicial” Expte. No073048.

CNCom., Sala A, 30-10-96, “Consortio de Propietarios Calle Perú 1724 S/Pedido de Quiebra por Ramírez Eva María”, ED 171-600.

CNCom, sala C, 31/3/86 in re “Mizrahi c. Centro de Suboficiales Retirados del Ejercito y Aeronáutica Asociación Mutual”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 1986, T.19, pag.958;

CApel.CC Rosario, sala I, 27/2/87, “Caja Mutual de Asistencia Social de la Industria s/ Liquidación judicial”.

Notas [\[arriba\]](#)

- 1 Fernández, Mónica. "FINANZAS Fideicomisos llegan a cooperativas y mutuales" <http://www.infobae.com/notas/nota.php?Idx=146873&IdxSeccion=0> 20-10-04. Fecha de última consulta 21/03/2013.
- 2 Kiper, Claudio M - Lisoprawsky, Silvio V. "Tratado de Fideicomiso", Abeledo Perrot, 3ra. Ed., Bs. As., 2012, T.II, pág. 876.
- 3 Truffat, E. Daniel "El fideicomiso frente al concurso" Informe al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, México, D.F. 17 a 19 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.iidcmx.com.mx/ponencias/ponencia_danie_truffat.pdf Fecha de última consulta: 10/01/13.
- 4 Boente, Paula, "Argentina es el tercer país de la región que más fideicomisos emite", Infobae, ejemplar del 27/6/2006, Sección "Dinero", pág.30.
- 5 CNCom, Sala E 15/12/2010, "Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación"; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 Secretaría N° 34, 12/09/2011, "Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96S/ Liquidación Judicial".
- 6 Junyent Bas, Francisco y Kemelmajer de Carlucci, Aida, Prólogo al Libro en "Homenaje al Dr. Osvaldo J.Maffía", Lerner Editora, Córdoba, 2008, pág.13.
- 7 Graziabile Darío J. "Historia y Tendencia de los Presupuestos Concursales" El estado de cesación de pagos y los sujetos concursables. <http://www.bufetebaro.com/pub-docs/DERECHO%20CONCURSAL/ GRAZIABILE-Presupuestos-de-los-procesos-concursales.htm> Fecha de última consulta el 21/03/2013.
- 8 LCyQ Art. 2. Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación. Se consideran comprendidos:1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores.2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país. No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por las Leyes Nros. 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales
- 9 LCyQ Art. 5. Sujetos. Pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en el art. 2, incluidas las de existencia ideal en liquidación.
- 10 CNCom., Sala A, 30-10-96, "Consortio de Propietarios Calle Perú 1724 S/Pedido de Quiebra por Ramírez Eva María", ED 171-600.
- 11 Lorente Javier A., "Ley de Concursos y Quiebras - Ley 24.522 Comentada y Anotada".Ediciones GOWA Profesionales, Bs As, 2000, Tomo I, pag.108. El autor en los comentarios al art.2 de su Ley de Concursos y Quiebras (pág.108) discrepa con esta solución, pues considera que la responsabilidad de los copropietarios, por ser subsidiaria, debió ser hecha por el propio ente consorcial, con el síndico como legitimado activo, y en cumplimiento de los arts. 142 y 182 LCQ.
- 12 Rivera, Julio C., Roitman, Horacio y Vítole, Daniel R. Ley de concursos y quiebras Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000, T. I, pág.52.
- 13 Tonon, Antonio. "Derecho Concursal. Instituciones generales". Depalma, Bs. As., 1988, pág.15.
- 14 Código Civil, "Art.30 Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones".
- 15 Lorente, Javier A., "Ley de Concursos y Quiebras - Ley 24.522 Comentada y Anotada".Ediciones GOWA Profesionales, Bs As, 2000, Tomo I, pág.103.
- 16 Maffía, Osvaldo J., "La Ley de Concursos Comentada", Ed. Depalma, Bs. As., 2001, T.I, pág.17.
- 17 El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios. Las entidades autárquicas. La Iglesia Católica.
- 18 Lorente, Javier A., Revista Prudentia Juris, No 52 UCA, pág. 43 y sgtes.
- 19 Tauryzkyj, Jeremías M. "Es posible la apertura de un concurso preventivo de una ex entidad financiera a la luz de la reforma legislativa en la república

argentina”. (www.estudioton.com.ar) Fecha de última consulta 21/04/2012.

20 Nissen Ricardo - Pardini Martha - Vítolo Daniel. “Responsabilidad y abuso en la actuación societaria”, Astrea, Bs. As., 2002, pág. 221.

21 CNCom, Sala C, 27/12/02, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2003-1-31, con nota de Roca, “Orientación en el confuso campo de la sociedad extranjera no inscripta.”

22 Dasso Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”, Legis, Bs. As. 2009, T.I, pág.12.

23 Idem, pág.223.

24 Idem, pág.441.

25 Idem, T.II, pág.807.

26 Idem, T.II, pág.1064.

27 Modificada por Ley N° 28580 (publicada el 12 de julio de 2005), Ley N° 28618 (publicada el 29 de octubre de 2005), Ley No 28677 (publicada el 01 de marzo de 2006) y Ley N° 28709 (publicada el 12 abril 2006)

<http://www.bvindicopi.gob.pe/legis/l27809.pdf>, fecha de última consulta: 12/4/13.

28 Dasso Ariel A., op. cit., T.II, pág.1349.

29 Idem, T.II, pág.1297.

30 Idem, T.II, pág.1463.

31 Kiper, Claudio M - Lisoprawsky, Silvio V. “Tratado de Fideicomiso”, Abeledo Perrot, 3ra. Ed., Bs. As., 2012, T.I, pág. 59.

32 Richard, Efraín H. “Centros de Imputación: El Fideicomiso (Técnica de Patrimonialización). Donde se Dialoga sobre el Patrimonio Afectado, Los Terceros y La Liquidación” trabajo publicado en el libro “El Fideicomiso en la Sociedades y los Concursos”, del IADC, Legis, Bs. As., 2011, pág.110.

33 Giraldi, Pedro Mario “Fideicomiso (Ley 24.441)” Depalma, Bs. As. 1998, pág.120.

34 CNCom, Sala E 15/12/2010, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación Judicial”: Revoca la resolución de Primera Instancia considerando que “no se aprecia óbice para que el fiduciario solicite que ese procedimiento se lleve a cabo judicialmente” refiriéndose al procedimiento de liquidación.

35 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 Secretaría N° 34, 12/09/2011, “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96S/ Liquidación Judicial” “Frente a la ausencia de normativa específica sobre el particular, se dispondrá la aplicación analógica de las normas de la ley de sociedades comerciales y de concursos y quiebras que mejor se adecuan a la naturaleza del instituto del fideicomiso”. Dispuso la liquidación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 101 y siguientes de la ley 19.550 mas el período de verificación 24.522. (Extraído de la “Síntesis de la exposición “Fideicomisos y Concursos (25/10/2011) por Carolina Ferro <http://www.iadc.com.ar>). Fecha de última consulta: 5/10/12.

36 Mayer, Mariano “Insolvencia del Fideicomiso Ordinario. Régimen actual y modificaciones propuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, 22-08-12, Revista Argentina de Derecho Concursal, IJLV-632.

37 Graziabile, Darío J.. “Insolvencia y Fideicomiso”. LL 2005-A, 1363.

38 Cfr. Molina Sandoval, Carlos A., “El Fideicomiso en la Dinámica Mercantil”, Editorial B de F, 2009, Montevideo - Buenos Aires, pág.326. Para este autor el procedimiento se acerca notablemente a la liquidación societaria (por no ser judicial y ser el fiduciario quien deberá enajenar los bienes), y se aleja del procedimiento concursal en donde el juez es un verdadero director del proceso y realizador de los bienes. Considera también que: “La norma del art.16, ley 24.441, permite las más variadas interpretaciones sin que pueda impugnarse de manera concreta alguna de ellas. Por ello, pensamos que la liquidación del patrimonio fideicomitado debe atenderse primordialmente a la normativa societaria (arts.101 y ss. LSC) pero respetando de manera armónica algunos principios típicamente

concursoales, tales como la universalidad, la igualdad de los acreedores o las vías de insinuación de los créditos.”

39 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 Secretaría N° 34, 12/09/2011, “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96S/ Liquidación Judicial”.

40 Junyent Bas, F. y Boretto, Mauricio “Luces y Sombras de la Liquidación por Insuficiencia del Patrimonio Fideicomitado. A propósito del art.16 de la Ley 24.441. ¿Proceso “Extrajudicial” o “Paraconcursal”?” trabajo publicado en el libro “El Fideicomiso en la Sociedades y los Concursos”, del IADC, Legis, Bs. As., 2011, pág.136.

41 Giraldi, Pedro M., op.cit., pág. 120. Continúa diciendo el autor: “La ley 24.441 prescinde de la idoneidad del fiduciario, no le interesa su preparación técnica para entender en las complejas cuestiones jurídicas y contables que genera el procedimiento concursal, y pone a su exclusivo cargo las funciones que la ley 24.522 atribuye al síndico, despojadas de control jurisdiccional por añadidura, y sin sujetarlo a las pautas que para las enajenaciones fija el citado ordenamiento.”

42 Ver notas 34 y 35.

43 Negre de Alonso, Liliana T. “Proyecto de Ley (S-1669/12)”, de fecha 5/6/12. Fundamentos: “Cabe destacar que la doctrina se encuentra dividida respecto de la concursabilidad o no del fideicomiso no financiero. Así las cosas, parte de ella indica que la ley que regula la figura del fideicomiso en la Argentina no establece la personalidad jurídica de la institución que aquí nos convoca, por lo que mal podría afirmarse que sea sujeto de derecho de la ley 24522. Sin embargo, nosotros sostenemos que no es un instituto nuevo en la Ley de Concursos y Quiebras que un patrimonio, y no un sujeto de derecho, sea concursable: así, la mencionada ley establece que también se consideran sujetos comprendidos el patrimonio del fallido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores, y los bienes en el país de los deudores domiciliados en el extranjero (artículo 3 LCQ)”.

44 CNCom, sala C, 31/3/86 in re “Mizrahi c. Centro de Suboficiales Retirados del Ejército y Aeronáutica Asociación Mutua”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 1986, T.19, pag.958; y CApel.CC Rosario, sala I, 27/2/87, “Caja Mutua de Asistencia Social de la Industria s/ Liquidación judicial”.

45 Romano, Alberto A., “Las mutuales y su liquidación”. LL 1987-E, 1049.

46 Möller, Mariano “El Concurso del Fideicomiso Empresarial en México” trabajo publicado en el libro “El Fideicomiso en la Sociedades y los Concursos”, del IADC, Legis, Bs. As., 2011, pág.243. Toma gran relevancia la actuación del comité técnico por cuanto el art.80 de la Ley de Instituciones de Crédito, libera al fiduciario de responsabilidad si actuó en cumplimiento de una instrucción de dicho comité, cuestión que ha generado amplio debate doctrinal y jurisprudencial en México, pues el fiduciario deberá abstenerse de cumplir aquellas instrucciones que vayan en contra de los fines del propio fideicomiso o sean tomadas en exceso de las facultades que se le atribuyó al comité.

47 Idem, pág.237.

48 Idem, pág.237.

49 Idem, pág.245.

50 Idem, pág.247.

51 Idem, pág.250.

52 Idem, pág.253.

53 Rivera Andrade, Diana “Los Negocios Fiduciarios en los Procesos Concursoales Colombianos. Aspectos Generales” trabajo publicado en el libro “El Fideicomiso en la Sociedades y los Concursos”, del IADC, Legis, Bs. As., 2011, pág.281.

54 Idem, pág.282. La autora sostiene que según las definiciones que ha dado la Superintendencia Financiera en la Circular Básica Jurídica de las clases de contratos de fiducia, sólo podrán acudir a mecanismos concursoales los patrimonios autónomos originados en contratos de (i) fiducia inmobiliaria de administración y

pagos y (ii) fiducia de administración y pagos, porque a través de ellos se podrá desarrollar efectivamente una actividad empresarial.

55 Kiper, Claudio M - Lisoprawsky, Silvio V. "Tratado de Fideicomiso", Abeledo Perrot, 3ra. Ed., Bs. As. 2012, T.I, pág.43.

56 Junyent Bas F. y Molina Sandoval C. A., "Ley de Concursos y Quiebras", Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, T.1, pág.57/58. Los autores al referirse a la plataforma argumental de Kiper y Lisoprawski, quienes sostienen la tesis que no acepta la concursabilidad del fideicomiso, señalan: "...no admite el concurso del patrimonio fideicomitado en la faz preventiva, porque no puede imaginarse la incoherencia normativa y la solución de todas las cuestiones que se presenten en el supuesto de que el concurso no llegue a feliz término y entre en quiebra...".

57 Molina Sandoval, Carlos A., op. cit., pág.317.

58 Games, Luis. M.F. y Esparza, Gustavo A., "Fideicomiso y Concursos", Bs. As.. Depalma, 1997, p.139.

59 Truffat, E. Daniel, op. cit.

60 Rivera, Julio C., Roitman, Horacio y Vítolo, Daniel R. "Ley de concursos y quiebras" Rubinzal-Culzoni 4ta. Ed. Bs. As., 2009 T.I, p.210.

61 Ton, Walter Rubén. Ponencia: "El Fideicomiso en Insolvencia Debe ser Liquidado a Través de la Quiebra". www.estudioton.com.ar Fecha de última consulta: 24/04/13.

62 Heredia, Pablo D., "Tratado Exegético de Derecho Concursal", Abaco, Bs.As., 2000, T.1, pág.257.

63 Giraldi, Pedro Mario, "Fideicomiso (Ley 24.441)" Depalma, Bs. As., 1998, pág.120.

64 Carregal, Mario A. "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios" Ed. Heliasta, 2008, p.278.

65 Op.Cit. en nota 1, T.II, p.633.

66 Freire, Bettina V. "El Fideicomiso. Sus Proyecciones en los Negocios Inmobiliarios". Editorial Abaco, Bs. As., 1997, pág.89.

67 Márquez, José F. "El Fideicomiso" La Ley, Bs. As., 2008, pág.127.

68 Graziabile, Darío J. "Insolvencia y Fideicomiso". LL 2005-A, 1363.

69 Lascala, Jorge Hugo "Practica del Fideicomiso" Astrea, Bs.As., pág.223.

70 Richard, Efraín H. "Centros de Imputación: El Fideicomiso (Técnica de Patrimonialización). Donde se Dialoga sobre el Patrimonio Afectado, Los Terceros y La Liquidación" trabajo publicado en el libro "El Fideicomiso en la Sociedades y los Concursos", del IADC, Legis, Bs. As., 2011, pág.134.

71 Kiper, Claudio M - Lisoprawsky, Silvio V. "Tratado de Fideicomiso", Abeledo Perrot, 3ra. Ed., 2012, T.I, p.441.

72 Truffat E. Daniel, "El fideicomiso...", op.cit.: "Que como regla el emprendimiento se liquide con las mismas reglas que cualquier liquidación de una hacienda no está mal. Que se sellen todos los caminos a la revisión de lo actuado, a la aplicación de las reglas de recomposición patrimonial y que se confié el rol de zorro en el gallinero a quien, potencialmente, aparece como principal sospechoso de la eventual insolvencia: el fiduciario, ya es demasiado."

73 Truffat E. Daniel, "El fideicomiso...", op.cit.: "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, CN, art. 28)".

74 Al respecto Molina Sandoval (op.cit., pág.314), opina: "Que el acreedor nopuedapeticionar la quiebra del fideicomiso parece un exceso. Vale decir que aún en los casos en los que el patrimonio fideicomitado sea totalmente insolvente, el

acreedor debe someterse a la voluntad del fiduciario para la liquidación del patrimonio. Implica negarle la acción colectiva, confinándolo solamente al ejercicio de la acción individual contra el fideicomiso. El acreedor puede buscar cobrarse a prorrata con los restantes acreedores (salvo los privilegiados) de los bienes fideicomitidos. La negación de esta vía implica dejar librada la suerte del patrimonio fideicomitado (y con ello, la de sus acreedores) a la pura voluntad del fiduciario”.

75 Molina Sandoval, Carlos A., op.cit., pág.315.

76 Junyent Bas, Francisco y Boretto, Mauricio “Acerca de la Constitucionalidad del Mecanismo de Liquidación del Patrimonio Fideicomitado -Por Insuficiencia de Bienes Previsto en el Art.16 de la Ley 24.441”, ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán 2012, publicada en el libro de ponencias “Por un mejor Derecho Concursal”, Astrea, Bs. As., 2012, T.III, pág.205.