

El fideicomiso ordinario frente a su propia insolvencia

Mariano Mayer

I. Introducción [\[arriba\]](#)

A. El Fideicomiso en vías de desarrollo.

Sin temor a equivocarme, me animaría a decir que el fideicomiso es una figura “polémica”.

Por un lado, un sector de la doctrina considera que “el fideicomiso ha tenido en el mundo de los negocios un éxito pocas veces igualado por otras leyes innovadoras. Es que la adopción del fideicomiso como forma contractual –ahora tipificada a raíz de la sanción de la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296)– ha tenido la capacidad de impactar de lleno en tan variados aspectos de la actividad social y económica que resulta difícil imaginar límites para su aplicación, ya que sus fronteras se extienden hasta los confines de la legalidad intrínseca de los negocios subyacentes y de la imaginación. Tal vez haya sido la maleabilidad del fideicomiso, su capacidad de adaptarse a los más diversos negocios jurídicos y su aptitud para proteger los bienes afectados a tales negocios contribuyendo a su buen fin, lo que le ha dado ese grado de desarrollo”[1].

En cambio, otro sector de la doctrina considera que “no es ningún secreto para todos aquellos que están siguiendo las publicaciones que se vienen efectuando desde hace años sobre la cuestión que estamos analizando -la del fideicomiso- especialmente el financiero, la constancia de nuestra prédica en torno a los graves errores técnicos, las descomunales lagunas y asincronías y las faltas de armonización exhibidas por la Ley 24.441 (Adla, LV-A, 296) (...) hemos visto como, no sólo la regulación del fideicomiso en general sino también la de sub-especie “financiera”, en particular, se efectuó a través de una normativa incompleta y con errores que debían ser subsanados hace tiempo. Hemos visto también que parte de nuestra doctrina no sólo se limitó a publicar notas laudatorias “à outrance” sobre la figura sino que, además, se negó a reconocer los serios errores del texto legal, en lugar de bregar -como lo hemos venido haciendo nosotros desde hace años- por su inmediata reforma”[2].

Sin tomar partido, ni entrar en dicha polémica, lo cierto es que como suele suceder con las instituciones jurídicas novedosas, las regulaciones de la ley no alcanzan, y las mismas se van completando con la costumbre y la jurisprudencia.

B. El Fideicomiso y la Insolvencia.

En ese sentido, y posiblemente por las ventajas que presenta frente a otras alternativas, el fideicomiso se encuentra atravesando desde hace unos años una suerte de “prueba de resistencia” jurídica. Es decir, como todas aquellas figuras que han sido pensadas para prevalecer frente a situaciones de insolvencia de una de las partes, deben ser sometidas a la prueba de resistencia jurídica, a saber, el concurso preventivo de acreedores, para poder adquirir vigencia real mediante el visto bueno judicial.

Al respecto, mucho se ha escrito, y ya existen varios precedentes judiciales, acerca de algunas cuestiones controvertidas del fideicomiso con relación a la

insolvencia y las posibles afectaciones a la par *conditio creditorum*, a saber: i) si el acreedor beneficiario a favor de quién se establece el fideicomiso en garantía, puede a su vez ser fiduciario (en definitiva la posibilidad del acreedor de apropiarse de los bienes de la garantía); (ii) la necesidad del fiduciario de denunciar la existencia del fideicomiso en garantía, frente al concurso del fiduciante; (iii) en el mismo supuesto, la necesidad del acreedor beneficiario de verificar su crédito; (iv) en tal caso, el carácter en que debería verificar su crédito, es decir, privilegiado o quirografario, firme o condicional, etc.; (v) si se aplican efectos novatorios del acuerdo concursal; y (vi) si el juez podría suspender la ejecución de la garantía, u otorgar medidas cautelares al respecto.

Sin embargo, existe otro supuesto de insolvencia relacionado con el fideicomiso que también plantea interrogantes (ya que su regulación es insuficiente y confusa), y sobre el que creemos que falta aun bastante desarrollo, que es el caso del fideicomiso frente a la situación de insolvencia ... del mismo fideicomiso.

En este sentido, según FERRO[3] “la liquidación o concurso o quiebra del fideicomiso es el tema con mayor vigencia actualmente en el debate doctrinario, por lo menos ello surgió de las Primeras Jornadas Argentino Uruguayas - Sociedades Comerciales y Fideicomisos y del análisis de una serie de precedentes jurisprudenciales recientes”.

En este trabajo nos proponemos intentar arrojar un poco más de luz sobre cómo debería procederse en caso de insolvencia de un fideicomiso conforme a su propia normativa, junto con la posible aplicación o no de la ley de concursos y quiebras, y en caso contrario qué régimen debería o podría ser aplicado.

C. Autores.

Para ello hemos de considerar las opiniones de dos (o más bien cuatro) de los autores más importantes que han escrito acerca de este tema, KIPER - LISOPRAWSKI[4] y GAMES - ESPARZA[5], y de dos de los más nuevos, que son JOULIÁ[6], y GRAZIABILE[7], sin olvidar que existen otros autores que han opinado al respecto en forma previa, tales como GREGORINI CLUSELLAS[8], ORELLE[9], MOLINA SANDOVAL[10], y FIGUEROA[11], entre otros.

II. El fideicomiso [\[arriba\]](#)

A. Concepto. Origen.

Es sabido que Vélez Sarsfield no era partidario del contrato de fideicomiso (por motivos no que vienen al caso), y por ello el mismo no fue expresamente previsto en su redacción del Código Civil Argentino.

Sí estaba previsto el “dominio fiduciario”, el cual según art. 2661 era un dominio “imperfecto”, es decir “el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”.

Dicho dominio fiduciario, en los términos del art. 2662 era el que se adquiría “en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de

una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

Sin embargo, la escasa reglamentación, y la aparente contradicción con los otros artículos del Código Civil, llevaron a sostener a algunos autores (SALVAT, SEGOVIA, entre otros) que “esta figura era imposible en el Código Civil argentino según la redacción de Vélez Sarsfield, pues habría estado prohibido todo tipo de fideicomiso, aun singular”[12].

Al respecto ORELLE[13] explica que “según Salvat, las situaciones emergentes de la aplicación del precepto caen, o bien en el caso del mandato, si el acto se realiza a plena luz del día, o bien en la simulación por interposición de persona. Afirmaba, que en ambos casos la propiedad corresponde lisa y llanamente al representado o al propietario oculto”.

Por otro lado, parte de la doctrina (LAFAILLE, BIBILONI, entre otros) sostenía que dicho artículo 2662 implícitamente admitía la existencia del contrato de fideicomiso como antecedente de la constitución del dominio fiduciario, “al disponer que su duración quedaba subordinada al cumplimiento de un plazo o de una condición resolutoria, modalidades éstas que sin duda deberían provenir de un acuerdo de voluntades propio de un contrato”[14].

Así explica ORELLE[15] que LAFAILLE “defendió valientemente la vigencia del precepto. Admitió que es perfectamente posible que el fiduciario adquiera el dominio de la cosa para sí, y no para el representado ni para un propietario oculto, puesto que aquél no es un mero agente o persona interpuesta y que disfruta de la cosa durante el tiempo preestablecido o hasta cumplirse la condición”.

De todas maneras, un contrato de fideicomiso celebrado en virtud de dichos artículos, aplicando el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197) y como negocio atípico, no generaba un patrimonio de afectación, es decir padecía la falta de un atributo esencial, y por lo tanto, carecía de la seguridad jurídica necesaria para cualquier emprendimiento que quisiera estructurarse a través de este tipo de figura.

Todo ello sin perjuicio de la existencia o mención que de los negocios fiduciarios se hacía en leyes especiales (ley de fondos comunes de inversión 24.083, de obligaciones negociables 23.576, de entidades financieras 21.526, etc.).

No obstante dicha falta de una regulación específica completa, en la introducción de su libro “Fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas” del año 1982 CARREGAL decía que “no debemos dejarnos tentar por el camino fácil, urgiendo al legislador una traza que no sabemos si es la mejor. Andemos la senda, exploremos sus posibilidades y contribuyamos a que se realicen operaciones fiduciarias sanas, claras y convenientes para el país. Nuestro derecho positivo, la rica interpretación que de él han efectuado los tribunales a través de muchos años y nuestra imaginación, son los elementos con que contamos. Si con esta obra aportamos alguna idea válida y aprovechable, habremos logrado el fin que nos impulsó a encararla”[16].

La doctrina fue avanzando y alineándose (se sumaron BIBILONI, GUSTAVINO, ALTERINI, entre otros), reconociendo la plena vigencia del dominio fiduciario, para culminar con la declaración de la Comisión IV de las IX Jornadas Nacionales de

Derecho Civil de 1983, celebradas en Mar del Plata, cuya Comisión IV declaró: “6) El dominio fiduciario no sólo está permitido y definido por el Código Civil argentino, sino que existen directivas legales suficientes para poder aplicarlo”[17].

Sin embargo, como el mismo CARREGAL reconocería 25 años después[18], “en gran medida el desarrollo actual de la figura ha llenado nuestras expectativas, aunque contrariamente a nuestra expresión de deseos la ley precedió a la práctica —muy pocos negocios se celebraron antes de la sanción de la ley 24.441— y por ello no contó el legislador con experiencias concretas que permitieran identificar los problemas y aportar las soluciones adecuadas para nuestro medio. Fue sólo a partir de la sanción de la ley 24.441 que la práctica del fideicomiso se tornó paulatinamente masiva, hasta alcanzar los niveles que presenta en la actualidad. Esta ley, si bien tiene algunas fallas que la hacen perfectible, ha tenido el mérito de que nuestra comunidad jurídica y empresaria se familiarizara con esta figura y se fueran aventando los temores que casi siempre inspira lo desconocido”.

B. La sanción de la Ley 24.441.

La Ley 24.441 (Adla, LV-A, 296) de “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción” (en adelante la “LDF”), que expresamente reguló al fideicomiso como figura típica luego de una serie de intentos fallidos, fue sancionada en el año 1994, probablemente como respuesta a la búsqueda de instrumentos o herramientas que permitieran a las empresas acceder a un mercado de capitales con mejores posibilidades y/o alternativas de financiamiento.

Como su nombre lo indica, no se trató de una ley específica sobre el fideicomiso, sino que regula el mismo en el marco de una ley de financiamiento, con trece títulos: I - Del Fideicomiso, II - Del Leasing (luego derogado por la ley 25.249), III - De las letras hipotecarias, IV - De los créditos hipotecarios para la vivienda, V - Régimen especial de ejecución de hipotecas, VI - Reformas al Código Civil, VII - Modificaciones al régimen de corretaje, VIII - Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión, IX - Modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación, X - Modificaciones al Régimen Registral, XI - Modificaciones al Código Penal, XII - Modificaciones a las leyes impositivas, y XIII - Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal (artículos 86 al 98).

Si bien el Título I regula tanto el fideicomiso “ordinario” (capítulos I al III inclusive), como el fideicomiso “financiero” (capítulos IV al VII inclusive), no es de extrañar que en ese marco general de financiamiento se haya regulado con mayor precisión el fideicomiso “financiero” y no tanto el “ordinario”, lo cual ha generado más de un inconveniente con respecto a diversas cuestiones relacionadas con el fideicomiso ordinario.

Sumado a ello, el fideicomiso no fue regulado como el trust anglosajón[19], ni como el fideicomiso romano[20], sino que al decir de CAMERINI[21] se trata de un fideicomiso “latinoamericano”, el cual es “un híbrido que contiene características del trust anglosajón y del fideicomiso romano, y por supuesto conceptos propios del instituto”.

Al respecto, el autor precisa que la regulación del fideicomiso latinoamericano tuvo como objetivo “lograr el aislamiento de determinados bienes que salen de la propiedad del fiduciante e ingresan a la propiedad del fiduciario, pero en el carácter de patrimonio separado o autónomo, del patrimonio de éste, con el

propósito de que los bienes fideicomitidos no pueden ser agredidos por los acreedores del fiduciante o del fiduciario –salvo fraude–, y con obligación de parte del fiduciario de darle a los bienes fideicomitidos el destino previsto por el contrato o el testamento, a favor de los beneficiarios establecidos”. Por lo tanto concluye que “el derecho latinoamericano ha creado un vehículo idóneo para atenuar los riesgos de créditos y en lo relacionado con los fideicomisos de garantía ha creado una nueva garantía autoliquidable, que genera certeza para cualquier acreedor”[22].

C. Breve análisis de la Ley 24.441.

A continuación se hará un breve análisis sistémico sobre la LDF, a modo de introducción para el desarrollo posterior de la problemática específica de la insolvencia.

El artículo 1 de LDF establece que “habrá fideicomiso” cuando una persona (denominada “fiduciante”), transmita la “propiedad fiduciaria de bienes determinados” a otra persona (denominada “fiduciario”), quien deberá ejercer la misma en beneficio de la persona que se designe a tal efecto en el contrato de fideicomiso (denominada “beneficiario”), y una vez cumplido un determinado plazo o condición, deberá transmitir la propiedad fiduciaria al fiduciante, al beneficiario o a quien se designe como “fideicomisario”.

Se trata entonces de un contrato (aunque el Art. 3 de la ley dispone también que el fideicomiso pueda instituirse por actos de última voluntad) por medio del cual una persona, titular de ciertos bienes, transmite la propiedad fiduciaria de los mismos (en fiducia o confianza) a otra persona, para que ésta los destine al cumplimiento de cierta finalidad, en provecho del/los beneficiario/s designado/s. A través del contrato, o por efecto del acto de última voluntad, los bienes fideicomitidos (entregados en fiducia o confianza) pasarán a constituir un patrimonio separado tanto del fiduciante o transmitente como del fiduciario o administrador.

Por su parte al fideicomiso financiero se lo define en el art. 19 de la LDF, como “aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos”. En consecuencia, la diferencia fundamental con el fideicomiso ordinario está dada por el requisito de que el fiduciario sea una entidad financiera o autorizada al efecto por la CNV, y por la posibilidad de emitir títulos valores a los beneficiarios (objeto de oferta pública).

Volviendo al fideicomiso ordinario, el Art. 4 de la LDF, establece los requisitos que deberá contener el contrato de fideicomiso: (i) Individualización de los bienes objeto del contrato. Si no se trata de bienes determinados, deberá contener las pautas para su posible determinación; (ii) La forma en que esos bienes podrán ser incorporados al fideicomiso; (iii) El plazo al que se sujetará el dominio fiduciario que no puede exceder de 30 años; (iv) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso; y (v) Los derechos y obligaciones del fiduciario y la forma de sustituirlo en caso de ser necesario.

El resto de los artículos (5° a 10°) que componen el Capítulo II de la LDF, enuncian los derechos y obligaciones del fiduciario así como las causales de cesación del mismo y la forma de reemplazarlo en tal caso.

El capítulo III (Arts. 11 a 18) de la LDF se refiere a los efectos del fideicomiso; fundamentalmente, la propiedad fiduciaria sobre los bienes del fideicomiso (art. 11), los cuales según el artículo 14 constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario. Es decir que a partir de un contrato de fideicomiso se crea un patrimonio de afectación, separado, autónomo e independiente del patrimonio del fiduciante y del fiduciario. Y a partir de ello dicho patrimonio queda excluido de las acciones de los acreedores de ambos, con excepción de la acción de fraude iniciada por los acreedores del fiduciante (conforme artículos 15 y 16 de la LDF).

El fiduciario, como consecuencia del contrato de fideicomiso, se convierte en el titular del patrimonio de afectación. Existe coincidencia doctrinaria, ratificada por la actual legislación, acerca de que el dominio fiduciario que surge del contrato de fideicomiso es un dominio imperfecto. El propietario fiduciario no tiene la cosa a perpetuidad, pues por definición debe desprenderse de ella al cumplimiento de una condición o de un plazo[23]. El dominio fiduciario establece un dominio pleno en cabeza del titular fiduciario, sólo limitado por el pacto de fiducia incluido en el contrato de fideicomiso.

En base a lo explicado, y a lo dispuesto por la LDF, podemos decir que el patrimonio fideicomitado posee las siguientes características: (i) su contenido es patrimonial (art. 11 de la LDF); (ii) no pertenece a ningún sujeto de derecho, a título de dominio, especialmente a los sujetos que intervienen en el fideicomiso; (iii) constituye una universalidad, es decir un conjunto de derechos y obligaciones (compuesto de sus propios activos y pasivos) de un patrimonio que puede aumentar o disminuir en su contenido económico; (iv) está afectado a un fin o fines que determinan el ámbito de su régimen jurídico en lo que respecta a los derechos y a las acciones que pueden ejercerse sobre él (artículo 17 de la LDF); y (v) no constituye un sujeto de derecho ni tiene personería jurídica alguna.

D. Modalidades de Fideicomiso.

La doctrina (no la ley, que sólo distingue entre fideicomisos ordinarios y fideicomisos financieros) suele clasificar a los mismos en dos “modalidades” (no tipos) principales:

Fideicomisos de administración o de inversión: Se trata de aquellos en los cuales el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de uno o más bienes al fiduciario, para que este lo/s administre, y transfiera los frutos de dicha gestión a un beneficiario, que podrá ser el mismo fiduciante. En consecuencia, en esta modalidad de fideicomiso la manda incluida en el contrato será siempre la obligación principal.

Fideicomisos de garantía: Se trata de aquellos en el cual el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de uno o más bienes al fiduciario, a fin de garantizar una obligación que el fiduciante mantiene a favor de un tercero, debiendo el fiduciario, en caso de incumplimiento del pago por el fiduciante de la deuda garantizada, proceder a la venta de los bienes y entrega de su producido a favor de dicho tercero, y del remanente (si lo hubiera) al designado como fiduciario (en la

mayoría de los casos, el mismo fiduciante). De esta manera, esta modalidad de fideicomiso será siempre accesoria a una obligación principal.

III. La insolvencia [\[arriba\]](#)

A. Introducción. El art. 16 de la LDF y la “Insuficiencia”.

Como hemos mencionado anteriormente, el fideicomiso, en todas sus modalidades, está pensado para preservar/resguardar un patrimonio frente a ciertas situaciones de insolvencia (por ejemplo, en el caso del fideicomiso de administración, frente a la posible insolvencia del fiduciario por el resto de sus negocios). Objetivo que con su más y sus menos, logra conseguir.

También hemos mencionado que existen varias cuestiones controvertidas con relación al fideicomiso y las situaciones de insolvencia (mayormente con relación al concurso o quiebra del fiduciante), pero también que este trabajo se focalizará únicamente en la situación de insolvencia del fideicomiso en sí, por tratarse de un supuesto poco desarrollado hasta el momento por la doctrina y la jurisprudencia.

La pregunta será entonces, qué es lo que sucede cuando la insolvencia es del mismo patrimonio fideicomitado.

El art. 16 de la LDF establece que los bienes del fiduciario no responderán por las “obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso”, las que sólo serán satisfechas con los “bienes fideicomitados”. Y que la “insuficiencia de los bienes fideicomitados” para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, “no dará lugar a la declaración de su quiebra”, sino que en tal supuesto, “y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra”. Aunque finalmente establece que si se tratase de un fideicomiso financiero “regirán en lo pertinente las normas del artículo 24” (que más adelante veremos).

En primer lugar, parece ser impreciso (o incorrecto) la referencia a la insuficiencia de los “bienes fideicomitados”, ya que en realidad debió haberse referido a la insuficiencia del “patrimonio fideicomitado”, incluyendo activos y pasivos, en una visión dinámica del mismo (su flujo de fondos).

Y en segundo lugar, la doctrina^[24] ha cuestionado el concepto de “insuficiencia”, por impreciso (y estático), considerando que debió haberse hecho referencia al “estado de cesación de pagos” establecido por el art. 1 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras (la “LCQ”) como presupuesto objetivo para la apertura de los concursos regulados por la misma.

En ese sentido, LISOPRAWSKI^[25] ha dicho que el término “insuficiencia” se refiere a “la situación fáctica de impotencia patrimonial, en lugar de la inequívoca “cesación de pagos” que recepta la doctrina de la falencia. Si la “insuficiencia” no es un estado de “cesación de pagos”, entonces cabe preguntarse: ¿qué es, qué la caracteriza?, ¿cómo se evidencia objetivamente?, ¿cuándo debe declararse?, ¿cómo se formaliza hacia el exterior? La ley 24.441 nada dice al respecto”; por lo tanto, continúa el autor, debe asimilarse dicha insuficiencia “al estado de cesación de

pagos o de insolvencia que recepta, como presupuesto objetivo, el régimen de la falencia (art. 1, ley 24.522). Si no, ¿qué otra cosa sería...?”.

Vale la pena detenerse un poco en este punto, al que se volverá más adelante.

B. Los Sistemas Concursales y su razón de ser.

Como bien explica ALEGRÍA[26], “sabido es que en el campo que abordamos, la cuestión terminológica no es menor a la hora de comenzar un análisis. De acuerdo a la extensión y significado que se le asigne a los términos, dependió y dependerá en cierta medida el diseño de los distintos sistemas concursales”.

Es decir, ¿por qué es importante definir o establecer un “presupuesto objetivo”?

En situaciones ordinarias funciona el sistema normal del derecho privado, en virtud del cual un deudor debe hacer frente a sus obligaciones a su vencimiento, y en caso de que no lo haga, sus acreedores pueden recurrir a los mecanismos disponibles para intentar cobrar sus créditos, en forma individual, mediante la ejecución del patrimonio del deudor.

Si existiese más de un acreedor, regirá el viejo principio del derecho romano “prior in tempore potior in iure” (primero en el tiempo mejor en el derecho), de manera tal que cobrará primero quien sea más rápido.

En consecuencia, habiendo más de un embargante el primero cobrará antes que el segundo, el segundo antes que el tercero, y así sucesivamente, sin importarle a los acreedores la suerte de los demás.

Por el contrario, en situaciones extraordinarias de “escasez”, es decir cuando el deudor no cuenta con patrimonio suficiente para hacer frente a todas sus obligaciones, el principio del “primero en el tiempo mejor en el derecho” deja su lugar al principio de la “par conditio creditorum”, es decir de la “conurrencia” o de la “comunidad de pérdidas”, que de alguna manera perjudica al acreedor más rápido o diligente y le quita discrecionalidad al deudor en el manejo de su patrimonio, y por lo tanto sólo se justifica en situaciones extraordinarias de “escasez” o “insuficiencia” del patrimonio del deudor para hacerse cargo de todas sus obligaciones.

El “presupuesto objetivo” consiste en definitiva en “la situación en la que se debe encontrar el deudor o su patrimonio para acceder a un proceso concursal”[27], es decir, el supuesto que habilita la aplicación de un régimen de conurrencia para situaciones extraordinarias.

Sobre el mismo, “mucho se ha dicho y mucho se ha escrito a lo largo de los años, adoptando cada país su propio concepto, delineando con él sus leyes y reformándolas de acuerdo a su evolución”[28]; por lo que a continuación sólo se hará un breve resumen.

C. La Cesación de Pagos.

1. Origen. Estado. Insolvencia y Liquidación.

Explica MAFFÍA[29] que en el Bajo Medioevo (donde podrían ubicarse los inicios de la regulación de la falencia), “la cesación de pagos era lo que el propio enunciado indica, a cesar en los pagos; dejar de pagar; incurrir en un incumplimiento (de una obligación comercial)”. Pero la misma “no autorizaba la declaración de quiebra por el juez, sino que constituía en quiebra al deudor: el comerciante estaba en quiebra porque no pagó; y por eso, porque se había operado la quiebra de hecho o económica, intervenía el magistrado”. Por lo tanto, “la sentencia “declarativa de quiebra” hacía lo que esa expresión, para entonces adecuada, indica: el juez declaraba que el deudor había quebrado, es decir, reconocía algo existente con anterioridad al fallo”.

Pero el concepto fue mutando, no alcanzando ya con el incumplimiento de una sola obligación para constituir a un comerciante en quiebra, sino que debía tratarse de un incumplimiento generalizado y sostenido, es decir un “estado” que imposibilitaba al acreedor cumplir con sus obligaciones, tratándose dichos incumplimientos como exteriorizaciones de ese estado.

A la noción de “imposibilidad” se incorporó luego el calificativo de “regularmente”, arribándose al concepto de que “un deudor se encuentra en estado de insolvencia o cesación de pagos cuando ciertos hechos autorizan a presumir la imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones”, entendiéndose por pago “regular” a aquél que se realice “al vencimiento, sea el término fijado por ley o por contrato; en la especie pactada, sea dinero u otros bienes; con medios normales; a todos los acreedores”[30].

Esta concepción fue la receptada por el art. 78 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras (la “LCQ”), el cual establece que un deudor se encuentra en “estado de cesación de pagos” cuando por cualquier hecho se exteriorice que el deudor está “imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones”.

De todas maneras, MACIEL explica la dificultad práctica de establecer el momento en que comenzó el estado de cesación de pagos, ya que “las dificultades se producen en forma gradual y no instantánea. Por ese motivo es casi arbitrario decir que el día tal o cual, la empresa incurrió o inició su estado de cesación de pagos”. Por lo tanto, continúa el autor, “dicho momento suele identificarse más con la exteriorización de tal estado por medio del incumplimiento a sus obligaciones, que con el comienzo real del mismo”[31].

Es importante señalar que esta concepción estaba basada en la visión de la quiebra como un proceso, elaborado “por y para los acreedores” contra un deudor común (comerciante individual) imposibilitado de pagarles todo a todos, más efectivo que el procedimiento individual, para asegurarse las “máximas posibilidades de cobro” para todos, es decir, que los acreedores pudieran cobrar lo que el deudor les debía de modo “expeditivo, seguro, económico y paritario”. Es decir, se trataba de un proceso (con parte actora y demandada) de ejecución colectiva (todos los acreedores) y universal (todos los bienes), con el objetivo de, como establecían los “estatutos” de aquel entonces, “procurar a los acreedores el máximo posible de tutela”; y garantizar “la satisfacción, aunque sea parcial, de los derechos de los acreedores”[32].

Al respecto de la postura tradicional, RAYMUNDO FERNÁNDEZ expresó que “la impotencia patrimonial del deudor es la razón de ser del instituto y del procedimiento de quiebra; sin ella no se concebiría la acción colectiva de concurso, instituida como defensa, no contra el incumplimiento de las obligaciones

sino contra la insolvencia y cuya finalidad es la de liquidar una hacienda endeudada e incapaz de una evolución normal y beneficiosa para el deudor, los acreedores y la economía general, y asegurar a los acreedores un tratamiento igualitario: *jus paris conditionis creditorum*”[33].

2. Principio de conservación y actuación preventiva

Sin embargo, debido a que “la legislación concursal concreta de cada país y de cada época responde a los criterios predominantes en la sociedad”[34], a mediados del Siglo XX, influenciado por los distintos movimientos sociales (y sumado a que en muchos de los casos los deudores dejaron de ser “comerciantes individuales” y pasaron a ser “empresas”), esa concepción de proceso de ejecución a favor de los acreedores fue cambiando dando lugar al “principio de conservación de la empresa”.

Dicho principio, explica ALEGRÍA[35], procura el “mantenimiento de las unidades económicas útiles y la conservación del valor de la empresa en marcha o al menos como un conjunto de bienes cuya explotación fuera útil para la comunidad”, en el entendimiento que “los intereses comprometidos por la situación de insolvencia no son solamente bipolares (deudor - acreedor) sino multipolares, agregándose la consideración del interés de los trabajadores y también las de clientes y proveedores y, finalmente, los de la economía en general”.

Esta nueva concepción, de intentar conservar las empresas por su importancia para la sociedad, es decir el interés general, no busca proteger al empresario o a sus acreedores, sino a quienes tienen un interés concreto en que la empresa siga funcionando, tales como, en primer lugar, los empleados, y asimismo los proveedores, los clientes, las empresas a quienes provee la empresa en crisis, las empresas satélites, los consumidores, el fisco, la comunidad en general, etc.

De esa manera, según la concepción actual “lo que se espera y exige de un sistema concursal moderno es que procure, ante todo, la salvación de las empresas capaces de superar sus dificultades por vía concursal, cuando vehiculicen un interés generalizado en su sobrevivencia por su volumen, por el personal empleado, por el material que consume y produce, etcétera”[36].

Para ello, según el principio de conservación de la empresa, se considera conveniente (o necesario) llegar a tiempo, es decir “antes” que se haga patente el estado de insolvencia, cuando la empresa se encuentre en estado de “crisis” o “dificultades” económicas, conceptos también amplios, cuya determinación será en definitiva una cuestión de hecho, y bastante discrecional.

Al respecto sostiene MAFFÍA[37] que “el ideal de obtener remedio cuando surgen los problemas exige detener la atención en un momento de la vida de la empresa - el de mera crisis en vista al remedio- y no, como antes, el de la insolvencia como presupuesto de la liquidación falencial”.

Por ello para MACIEL “nos encontramos ante una indebida sacralización del concepto “cesación de pagos”. La realidad económica nos indica que existen empresas y personas con dificultades económicas que gradualmente van agravándose y que les impiden pagar sus deudas. Constituye un problema de gradación establecer cuando dicha imposibilidad es tan grave como para configurar cesación de pagos y cuando se trata de una mera dificultad transitoria que en

principio no habilitaría para poner en funcionamiento los mecanismos concursales de prevención de la quiebra”[38].

3. Complicaciones de la actuación preventiva.

Pero algunos quieren ir más lejos todavía y llevar la argumentación anterior hasta las últimas consecuencias. Es decir, el hecho que se quiera intentar evitar llegar a la insolvencia con soluciones previas, indicaría también que una vez que se llega a la insolvencia, las posibilidades de solución serían muy bajas, o irreales. Por lo tanto proponen separar la pre-insolvencia (crisis) y sus procedimientos para intentar una solución, del estado de insolvencia, en cuyo caso el procedimiento debería ser directamente liquidatorio.

Al respecto señala ALEGRÍA[39] que “importantes estudios han negado la eficiencia económica de los procesos de "reorganization" (Cap. XI de la ley de EE.UU., similar –mutatis mutandi– al concurso preventivo de Argentina) basados en que no significan una realocación eficiente de los recursos ni una revalorización de los activos, ni una recuperación comparativamente mayor de los créditos; por el contrario, demuestran estadísticamente que parte importante de los procesos de "reorganization" concluyen en una liquidación, y los deudores demoran o manipulan el proceso en búsqueda de soluciones sólo aparentes e ineficientes”.

En esa línea MAFFÍA[40] sostiene que es mejor pensar que “una vez instalada la insolvencia no cabe esperar milagros”, por ello deben buscarse soluciones “cuando la enfermedad aún es reversible (las metáforas médicas son usuales en la especie)”. Sobre todo si la oportunidad para iniciar algún un proceso preventivo de insolvencia queda en manos del empresario, ya que en general “mientras se pueda ir tirando, las vías judiciales se eluden -y no sólo se omiten- a la espera de que le crezcan alas al caballo: no debemos subestimar el poder de autoengaño del empresario con problemas”. Es decir, el autor coincide con DI LAURO, a quien cita, en que “el deudor recién se decide a invocar su "dificultad temporaria" cuando se convenció de que su dificultad no es temporaria”.

De alguna manera, los cambios experimentados en las concepciones acerca del presupuesto objetivo de los procesos concursales, indica que “la interpretación de los términos utilizados por el legislador, que en algunos casos reproducen los empleados en legislaciones precedentes, no pueden perpetuarse en su sentido, sino que deben imbricarse en la plenitud del nuevo sistema”[41].

D. Necesidad de un Presupuesto Objetivo

Esto hace necesario volver a la pregunta acerca de por qué es necesario definir un supuesto de hecho. Es decir, ¿cuál es la razón de ser de este requisito?

En el caso del concurso preventivo, salvo algunas opiniones en contrario, la explicación parecería ser el temor a los posibles abusos que podrían hacerse de esta figura, en caso de ser utilizada por un deudor que no se encuentra en insolvencia, al solo efecto de mejorar la posición del deudor frente a sus acreedores. Ello debido a los efectos fundamentales que produce la apertura de un concurso preventivo: la suspensión de las acciones judiciales, de las ejecuciones forzadas, y de los intereses.

Esto iría un poco en contradicción con la idea de llegar “antes” de la insolvencia. Aunque por otro lado es cierto que según el art. 79 de la LCQ, la cesación de pagos puede demostrarse con un solo incumplimiento.

De todas maneras, este temor solo aplicaría al caso puntual del concurso preventivo, y no a otros sistemas de concurrencia de acreedores donde se no se produzcan los efectos mencionados previamente, como sería el caso, justamente, del fideicomiso, por los motivos que se verán más adelante.

En cambio en el caso de la quiebra, la explicación está dada porque a partir del comienzo de la cesación de pagos se inicia el llamado “período de sospecha”.

Ello porque cuando un deudor cae en un estado de cesación de pagos, independientemente que haga o algo al respecto, pasa a aplicarse el sistema de concurrencia de acreedores. Por lo tanto, los actos que realice el deudor, a partir de la fecha de cesación de pagos, en contra del principio de la par conditio creditorum (por ejemplo favoreciendo a un acreedor en desmedro de otros), pueden ser revisados y declarados ineficaces frente a los demás acreedores. Aunque esa facultad tiene un límite temporal, desde la fecha de la sentencia de quiebra hasta dos años para atrás, denominándose a ese plazo de tiempo, el “período de sospecha”.

De todas maneras, este requisito solo aplicará al caso de la quiebra, y no a los restantes sistemas de concurrencia de acreedores, donde no exista un período de sospecha. En ese sentido, se verá más adelante si puede decretarse la quiebra de un fideicomiso o no (en principio no, por eso no podría aplicarse el período de sospecha).

E. La cesación de pagos en el fideicomiso.

Por lo expuesto previamente, pareciera que el presupuesto objetivo es una cuestión previa o independiente del sistema concursal que fuera a aplicarse como consecuencia del mismo.

Es decir, la aparición del presupuesto objetivo de la “escasez” implica la necesidad o el deber de aplicar un sistema de concurrencia determinado, el cual podrá ser el de la LCQ u otro, según establezca la normativa aplicable.

De todas maneras, como se ha explicado en los puntos anteriores, debe destacarse que el concepto de “cesación de pagos” (originado para el sistema concursal de la quiebra) cuenta con un extenso desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y pareciera ser un concepto lo suficientemente amplio como para incluir todos los supuestos de escasez.

Por lo tanto, en el caso del fideicomiso pareciera ser lo más práctico y razonable asimilar el presupuesto objetivo de la “insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso” establecido por la LDF, al de la “cesación de pagos” establecido en la LCQ, ya que en definitiva se refiere a la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones exigibles con el flujo de fondos disponible.

IV. Aplicación directa de la LCQ al fideicomiso [\[arriba\]](#)

A. Prohibición de la declaración de quiebra. Implicancias.

Superados los problemas de interpretación acerca del presupuesto objetivo, el interrogante que surge es sobre la consecuencia establecida para la existencia del presupuesto objetivo, con relación a qué el mismo “no dará lugar a la declaración de quiebra”.

¿Quiere decir que no puede aplicarse la LCQ a los fideicomisos, con lo cual no serían “concurables”? En tal caso ¿la exclusión sería de la LCQ en su totalidad o sólo con relación a la quiebra, con lo cual sí podría abrirse su concurso preventivo?

La prohibición del art. 16 de la LDF pareciera complementarse con la LCQ, la cual en su art. 2 no incluye a los fideicomisos dentro de los sujetos comprendidos que puede ser declarados en concurso, ya que sólo se refiere a las personas de existencia visible e ideal, a las sucesiones, y los deudores domiciliados en el extranjero respecto de los bienes existentes en el país. Y asimismo establece que no serán susceptibles de concurso las “personas” reguladas por ciertas leyes, y las excluidas por leyes especiales.

Por lo tanto de la interpretación armónica de ambas normas, parecería estar bastante claro que la respuesta a la pregunta sobre la concursabilidad de un fideicomiso debe ser negativa, es decir, que un fideicomiso no sería susceptible de concurso (preventivo o quiebra).

B. Doctrina

1. Postura minoritaria.

Para GAMES - ESPARZA[42], en una postura bastante crítica sobre la forma en que ha sido legislado este supuesto, sí sería posible la presentación del fideicomiso en concurso preventivo, y eventualmente la declaración de quiebra, basado en que: (i) no corresponde que la insolvencia sea regulada en una norma general (como la LDF), sino por una ley específica (como la LCQ); (ii) al respecto, las exclusiones por leyes especiales que hace la ley LCQ se refieren sólo a personas jurídicas, y en consecuencia no al fideicomiso que carece de personalidad, máxime cuando según ellos no existen motivos conceptuales y/o legales para su exclusión; (iii) aun considerando la LDF, la misma es vaga e insuficiente, y además solo establece que la insolvencia no dará lugar a la declaración de quiebra, pero nada establece sobre el concurso preventivo; (iv) aceptada la posibilidad de presentarse en concurso preventivo, si esta fracasa, la consecuencia lógica sería la declaración de quiebra; (v) lo establecido con respecto a que no “dará lugar a la declaración de su quiebra”, solo implicaría que no podría declararse la quiebra por pedido de un acreedor, pero no obstaría a que la quiebra se declare por pedido del fiduciario.

2. Postura mayoritaria.

Sin embargo, y más allá de lo interesante o creativo de los argumentos, la postura detallada precedentemente es minoritaria, mientras que la postura mayoritaria, encabezada por KIPER - LISOPRAWSKI[43], no admite que el fideicomiso sea susceptible de concurso, basado en que: (i) la ley específica no incluye al fideicomiso, y el argumento sobre la no aplicación al fideicomiso de las excepciones por leyes especiales no corre, ya que siendo susceptibles de concurso únicamente las personas, es lógico que las excepciones sólo se refieran a ellas; (ii)

el art. 16 de la LDF establece una prohibición categórica en cuanto a la posibilidad de declarar la quiebra de un fideicomiso; y (iii) si se permitiera la presentación en concurso preventivo, la consecuencia lógica de su fracaso sería la quiebra, lo que entraría en franca contradicción con la prohibición al respecto.

3. Acuerdo Preventivo Extrajudicial Homologado

Con respecto a la posible homologación de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial (regulado en el art. 69 y ss. de la LCQ y modifs.) por parte de un fideicomiso, LISOPRAWSKI[44], apoyándose en ROULLION[45] y HEREDIA[46], la rechaza, porque considera que a dicha solución solo pueden acceder aquellos quienes puedan solicitar su concurso preventivo o ser declarados en quiebra. Ello debido a que luego de la reforma establecida por la ley 25.589, un Acuerdo Preventivo Extrajudicial homologado surte efectos no solo frente a los firmantes del mismo, sino también a los acreedores disidentes, minoritarios, que no lo hubiesen aprobado, lo cual constituye un efecto frente a terceros (como el del acuerdo preventivo homologado en el concurso preventivo) que solo sería procedente en los casos que así lo establezca la ley.

De todas maneras, el fideicomiso podría perfectamente celebrar acuerdos preventivos o de reestructuración de deudas con sus acreedores, que no podrán ser homologados y acceder a los beneficios establecidos al efecto, pero que en principio serán válidos y obligatorios para las partes.

Como bien explica ROULLION[47], sin perjuicio de los acuerdos “formales” (homologables), “nada impide que el deudor en dificultades financieras o económicas, o en estado de cesación de pagos, celebre con todos o parte de los acreedores acuerdos preconcursales”; es decir, una reestructuración o reorganización empresarial puede intentarse o alcanzarse: “a) informalmente, mediante los acuerdos preconcursales (simples, no homologables o no homologados) regidos por la legislación ordinaria o contractual”, y “b) formalmente, a través del concurso preventivo regulado por el art. 5 y ss., o del concurso preventivo abreviado reglado por el art. 69 y ss. de la LCQ” (así es como denomina el autor al Acuerdo Preventivo Extrajudicial).

C. Jurisprudencia

Los pocos antecedentes judiciales hasta el momento parecen confirmar la postura sobre la no concursabilidad del fideicomiso.

1. Fideicomiso “South Link Logistics”

El primer fallo fue dictado el 3.04.2009 por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en la causa “Fideicomiso South Link Logistics s/ pedido de quiebra por Embal System S.R.L.”.

En dicho caso el acreedor Embal System SRL solicitó la quiebra de su deudor, el Fideicomiso South Link Logistics, por cuanto sostuvo que el mismo se encontraría en estado de cesación de pagos, y requirió a título de pretensión subsidiaria que se definiera el trámite que debía seguir a sus efectos. La demanda fue desestimada in limine por el Juez de Grado, y el fallo fue confirmado por la Cámara[48], con los siguientes argumentos:

“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. Así las cosas, como consecuencia de la mentada separación patrimonial, los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en ejecución del fideicomiso, sino que las mismas son satisfechas con los bienes fideicomitidos - art. 16, LF-. Del contexto normativo que rige la especie y, aun cuando la recurrente alude a su condición de acreedor del fideicomiso, resulta de menester señalar que sin perjuicio de la responsabilidad que eventualmente pudiera caberle al fiduciario (art. 6° y 7°, LF), de la inoponibilidad y, en su caso, de la anulación de los actos, v. gr., gravámenes realizados en violación de lo normado por el art. 17, LF -arg. art. 2670 in fine, Cód. Civil-, 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 (cfr. arg. Fernández-Gomez Leo “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”, T. IV, pág. 228 y ss).- Sentado ello, y más allá de opiniones doctrinarias que propician la posibilidad del concursamiento preventivo del patrimonio fideicomitado (Games-Esparza, Fideicomiso y concursos, págs. 139/141) y de los reparos del recurrente en tal sentido, lo cierto es que no puede soslayarse que la ley específica que regula esta materia establece con absoluta claridad que el patrimonio fideicomitado no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia, se trate de un fideicomiso común o financiero.”

2. Fideicomiso Ordinario “Fidag”

Al fallo de la Sala A lo siguió el fallo “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ liquidación judicial”[49], de la Sala E de la misma Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que de alguna manera ratifica la idea de la no concursabilidad del fideicomiso.

En dicho caso, la fiduciaria de un fideicomiso en garantía (cuyo activo estaba compuesto por una cartera de créditos de consumo en gestión de cobro), solicitó la liquidación judicial del mismo, basado en el art. 16 de la LDF. El Juez de Grado tuvo por desistida la presentación por no haberse fundado en derecho. El fallo de Cámara revocó el de primera instancia, argumentando que “si bien el art. 16 de la Ley 24.441 prevé que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos no dará lugar a la declaración de quiebra” (dando por supuesto que no puede acceder al sistema concursal de la LDQ), sí establece un proceso liquidatorio, que el juez por el principio “iura novit curia” debe aplicar, ya que “el objeto de la pretensión fue expuesto en términos claros y precisos: se pidió la liquidación judicial de un fideicomiso”.

3. Fideicomiso “Calle Chile 2286/94/96”

Por último, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 dictó el fallo “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial”[50].

En dicho caso, se trataba de un fideicomiso inmobiliario, en virtud del cual una obra social (de personal jerárquico) transfirió un inmueble de su propiedad a una sociedad fiduciaria (desarrolladora), a fin de que la misma construyera un edificio en el mismo y comercializara las unidades funcionales resultantes. En virtud de la quiebra posterior de la desarrolladora, ante la imposibilidad de continuar las obras y la imposibilidad de obtener información relevante por parte de la fallida, el

fiduciario sustituto designado por la obra social solicitó que se decrete la liquidación judicial del fideicomiso.

El Juez de Grado adhirió a lo resuelto en los fallos precedentes, explicando que “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)”.

D. Opinión

La postura de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia citada, sobre la imposibilidad de declarar la quiebra o solicitar el concurso preventivo de un fideicomiso, a nuestro entender, y en el contexto de la legislación vigente, pareciera ser la correcta.

Más allá de su razonabilidad o no, o de alguna crítica a su redacción, lo establecido por el art. 16 de la LDF es claro y contundente.

La declaración de quiebra se produce independientemente de quien la hubiese solicitado y no solo cuando la misma fue requerida por un tercero acreedor, por lo tanto la expresión “no dará lugar a la declaración de quiebra” sería aplicable también al propio pedido de quiebra.

Consideramos que tampoco tendría lógica que se pudiera sortear esta prohibición mediante la solicitud de un concurso preventivo que pudiera fracasar, aprovechando la falta de prohibición expresa respecto del concurso. Si está prohibida la consecuencia, debería estar prohibida también la causa.

En definitiva, nos guste o no, por el momento los fideicomisos ordinarios se encuentran excluidos del sistema concursal de la LCQ.

V. El sistema “concursal” establecido por la LDF [\[arriba\]](#)

A. Instancia pre-liquidatoria.

En consecuencia, suponiendo que no puede aplicarse la LCQ en forma directa, debe determinarse qué normativa sería aplicable a la liquidación de un fideicomiso.

Para ello, habrá que buscar primero en la propia LDF, empezando por el mencionado artículo 16, el cual que establece que en tal supuesto (por la insuficiencia) “y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales”, deberá procederse con la liquidación del fideicomiso.

Por lo tanto la liquidación parecería no ser la consecuencia inmediata de una situación de “insuficiencia”, sino que podría establecerse, en el contrato de

fideicomiso, la posibilidad del fiduciante o al beneficiario de realizar nuevos aportes para superar dicha situación.

Suponiendo que en el contrato no se hubiera establecido dicha posibilidad, cabe la pregunta sobre si el fiduciario podría o debería notificar al fiduciante y/o beneficiario la existencia de una situación de “insuficiencia”, intimando a realizar “otros aportes”, bajo apercibimiento de proceder a la liquidación del fideicomiso. Y en cualquier caso, si en el marco de dicho requerimiento del fiduciario a los fiduciantes y/ o beneficiarios, no podría acordarse algún otro tipo de acción o medida para superar la situación de “insuficiencia”.

Dicha posibilidad de establecer previsiones contractuales para la provisión de otros recursos por el fiduciante o el beneficiario, no fue incluida originalmente en el proyecto que dio lugar a la LDF, sino en una modificación posterior[51].

Al respecto ORELLE[52] expresó que “si bien la flexibilización es elogiada”, el requerimiento de otros aportes a los fiduciantes y/o beneficiarios, “no debería limitarse al caso de estar previsto en el contrato, pues resulta posible, que frente a tal situación, y sin mediar previsión contractual, igualmente la carencia sea provista. De todos modos, puestos en tal situación, la actitud del fiduciante o de los beneficiarios que solucionen la insuficiencia, aún mediando silencio en el contrato, solucionará el problema. Debe primar el principio de conservación del objetivo del fideicomiso, y por ello cualquier solución, aún no prevista, será bienvenida”. Y ello porque “dentro del amplísimo universo de posibilidades que puede dar origen a esta insuficiencia, se debería intentar un análisis de la situación, con la participación necesaria del fiduciante y de los beneficiarios, pues bien podría obtenerse un ajuste de los fines, y se salvaría la consecución del contrato”.

Al respecto JOULIÁ[53] considera que el aviso a los fiduciantes y beneficiarios deberá hacerse siempre, y mediante notificación expresa y fehaciente, “aunque no hubiere previsión contractual específica, porque el término “según” (previsiones contractuales) es una preposición que si bien expresa conformidad con algo, no es un adverbio de negación”. Y ello “tanto para beneficio de los notificados que entonces podrían con sus medios posibilitar la continuidad normal del fideicomiso, como para el fiduciario en protección de sus responsabilidades”.

Con respecto a las previsiones contractuales, la autonomía de la voluntad tiene plena vigencia, y podrán establecerse diversos mecanismos para intentar reestructurar las deudas con los acreedores, obtener aportes adicionales de los fiduciantes, o combinaciones de los mismos. Incluso podría precisarse el presupuesto objetivo de “escasez” o “insuficiencia” que deba dar comienzo a dichos mecanismos, y las consecuencias del fracaso de dichos mecanismos, es decir la liquidación.

LORENZETTI[54], señala que “el legislador se ha decidido a dar un amplio campo a la autonomía privada en materia de liquidaciones de patrimonios, para conferirles agilidad, evitando las demoras del procedimiento judicial y para maximizar el rendimiento económico de los capitales”, por lo que se estableció “un sistema para la liquidación de patrimonios en el que predomina la extrajudicialidad y la autonomía de la voluntad”, y en virtud del cual las previsiones contractuales podrán incluir: “a) causales de liquidación; b) formas de liquidación, c) encargado

de realizarla; d)plazos, publicidad, carga de los costos, sanciones por incumplimiento”.

En ese sentido, si bien no podría pactarse la aplicación directa de la LCQ, porque de lo contrario sería muy sencillo violar la prohibición previamente desarrollada, sí podría pactarse la aplicación subsidiaria (y en principio parcial), como procedimiento de negociación con los acreedores.

La limitación estaría dada por la imposibilidad de obligar a los acreedores que no participen del procedimiento, es decir, no se producirían los efectos frente a terceros de la apertura de un concurso preventivo, ni les serían aplicable a los terceros los acuerdos alcanzados con los acreedores.

LISOPRAWSKI[55] considera que podrían establecerse en el contrato de fideicomiso (dentro de ciertos límites) las “reglas para la liquidación de los bienes –incluyendo la intervención judicial– o para la distribución entre los acreedores del producido, siempre que no se altere a través de ellas el orden de los privilegios establecido para la quiebra”, aunque el mismo no podría ser oponible a los “acreedores del fideicomiso que no lo hayan aceptado expresamente”.

Es decir, no podría aplicarse el sistema establecido por la LCQ para el Acuerdo Preventivo Extrajudicial y el Concurso Preventivo, en virtud del cual “las mayorías obligan a las minorías que deben aceptar las quitas o esperas aprobadas y por ello deben conformarse con un cumplimiento relativo de sus acreencias”[56].

Sin embargo, el art. 16 de la LDF continúa diciendo que a falta de dichas “previsiones contractuales”, (1) se “procederá a su liquidación”, la cual (2) estará “a cargo del fiduciario”, quien (3) deberá “enajenar los bienes que integren el patrimonio fideicomitado”, y luego (4) “entregar el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra”.

Eso es todo. No hay más previsiones en la LDF respecto de la liquidación de un fideicomiso ordinario (a diferencia del fideicomiso financiero, cuya liquidación está reglamentada en los art. 23 y 24).

La pregunta obligada es, ¿alcanza con ello? A continuación se explicará por qué la respuesta es negativa.

B. Inconvenientes del proceso establecido en la LDF

La reglamentación de la liquidación del fideicomiso establecida en el art. 16 de la LDF es claramente insuficiente.

Al respecto ha dicho LISOPRAWSKI, “el legislador ingenuamente creyó que con un esquema invertebrado podía evitar el trauma de los procesos concursales. Quería que la liquidación se desarrollara fuera del ámbito judicial. No regulo una salida organizada y consistente con un estado de crisis patrimonial, siquiera por vía supletoria”[57].

La regulación es sumamente incompleta, ya que genera, entre otros, los interrogantes que se detallan a continuación.

1. Determinación del Presupuesto Objetivo

En primer lugar, se presenta el problema de a criterio de quién se determinará que el fideicomiso se encuentra en situación de “insuficiencia de los bienes fideicomitados” para atender a las “obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso”.

Es decir, ¿sería discrecional del fiduciario? Porque para algunos no sería el más indicado y podría llevar las cosas demasiado lejos. ¿O podría requerirlo un acreedor?

Al respecto LISOPRAWSKI[58] considera que “el Fiduciario es el responsable de poner a la luz la insuficiencia, por su propia iniciativa o a requerimiento de las partes del contrato, e incluso terceros como lo son los acreedores. Aunque “como los terceros acreedores tampoco pueden peticionar la quiebra del fideicomiso insolvente, deben sujetarse a la voluntad del Fiduciario que —por imperio de la ley— es el liquidador del patrimonio fideicomitado”. Por lo tanto los acreedores “deberán accionar a través de otras vías que proporciona el sistema en general: la ejecución individual, con un destino incierto frente a la debacle del patrimonio u otras vías judiciales imaginables de protección, que eviten el agravamiento de la insolvencia, y no pasen por la ejecución colectiva”. De todas maneras, el autor considera que “en caso que el Fiduciario no ejerciera sus obligaciones sobre este particular, con la consecuente responsabilidad (Arts. 6, ley 24.441 y 1109, Cód. Civ.), las partes podrán solicitar autorización al juez a fin de ejercer las acciones en sustitución de aquél (Art. 18, ley 24.441)”.

Y en cualquier caso, ¿debe el fiduciario notificar a los acreedores que el fideicomiso se encuentra en cesación de pagos? La norma no lo establece, aunque entendemos que lo razonable sería que sí. ¿Pero cuándo? ¿Antes o después de la venta de los activos? Y en cualquier caso, ¿bajo qué forma? ¿Por edictos?

2. Liquidación Judicial o Extrajudicial.

En segundo lugar, se presenta el problema o interrogante acerca de que no se indica si, más allá de que en principio la liquidación debería ser extrajudicial, podría solicitarse, por el fiduciario o por el fiduciante y/o beneficiario, la liquidación o control judicial de la misma.

3. El Liquidador.

Relacionado con lo anterior, en tercer lugar, el mencionado artículo continúa diciendo que la liquidación estará “a cargo del fiduciario”, lo que plantea el problema de si podría designarse un liquidador distinto del fiduciario, por previsiones contractuales o por decisión judicial a requerimiento de los fiduciantes y/ o beneficiarios. Porque como veremos a continuación, algunos autores consideran que sería poco aconsejable que el fiduciario sea juez y parte, al poder resolver la liquidación y tener a su cargo la misma, en la cual incluso probablemente sea acreedor. El potencial conflicto de interés es claro.

El problema además es que en caso de “liquidación forzosa” no se podría solicitar la remoción del fiduciario, ya que la misma solo está prevista para el caso de quiebra o liquidación del fiduciario, no del patrimonio fideicomitado.

En consecuencia, “supongamos que un Fiduciario condujo negligentemente la administración del Fideicomiso, que se comportó como "un mal hombre de negocios", pero aun así decide permanecer y no renunciar, si el contrato lo autoriza, o bien debe permanecer porque el contrato no prevé la posibilidad de renuncia. Salvo que alguna de las partes del fideicomiso accionen judicialmente su remoción, por la causal de incumplimiento, ese Fiduciario teóricamente continuará su función aun cuando fuere el artífice del desmadre. Permanecerá como liquidador –un enemigo– hasta la sentencia de remoción, salvo que alguna medida cautelar lo desplace”[59].

Ello también tiene que ver con un principio de los sistemas concursales en general, por las posibles afectaciones a la par *conditio creditorum*, ya que como menciona MACIEL, que “se ha estimado inconveniente que existiendo cesación de pagos, sea el propio deudor quien maneje a su voluntad el proceso de pago de los acreedores, beneficiando a unos en desmedro de otros”[60].

4. El proceso de venta y liquidación.

Con respecto al proceso de liquidación, el citado artículo establece que el fiduciario deberá “enajenar los bienes que integren el patrimonio fideicomitado”, sin mayores precisiones.

Por ello no está claro qué proceso debería seguirse para la liquidación, puesto que en la norma no se detallan plazos o criterios de venta. Tampoco si el fiduciario deberá proceder a la venta de los bienes en subasta pública, o a través de una venta privada. Máxime considerando que “restringir la liquidación a esa única alternativa es un despropósito, porque no siempre puede ser la vía más conveniente a los intereses en juego”[61]. Al respecto menciona ALEGRÍA que “en la actualidad la distribución del producto del activo, aparece como la extrema ratio concursal, descartadas posibilidades previas y alternativas de recuperación”[62].

En cualquier caso, parecería razonable que el fiduciario goce de un margen de maniobra para elegir el momento oportuno de vender, de acuerdo a los valores de mercado. Aunque ello también implicaría un riesgo, ya que “ocurrida la cesación de pagos del "fideicomiso" el Fiduciario puede seguir disponiendo de los bienes fideicomitados, perjudicando aun más a los acreedores que ni siquiera tendrán el remedio del sistema de las ineficacias que provee el régimen de la quiebra (Arts. 118, 119 y ss., LCyQ). No habrá posibilidad de recomponer el patrimonio a través de ese régimen sino por medio de las acciones de derecho común (por ejemplo, la pauliana)”[63].

Por lo tanto, suele mencionarse que frente a la “insuficiencia” el fiduciario no debe demorarse en la liquidación, intentando por ejemplo arribar a un acuerdo con los acreedores, ya que dicha dilación podría agravar la situación del patrimonio fideicomitado, de lo cual sería responsable (por culpa o dolo).

Todo ello tiene clara relación con el primer problema mencionado, de a criterio de quién se determina el presupuesto objetivo.

5. Entrega del producido a los acreedores.

En quinto lugar, el art. 16 de la LDF establece que el fiduciario deberá “entregar el producido (de la liquidación) a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra”.

Ello plantea diversos interrogantes. ¿Debe realizarse un inventario previo, es decir una suerte de “verificación de créditos”? ¿Quién decidirá sobre la legitimidad de los mismos? ¿Podría un acreedor “cuestionar” el crédito de otro acreedor?

Además ¿Debe aplicarse la par conditio creditorum sin más, o se permiten matices? Por ejemplo, ¿debería hacerse alguna diferencia con los acreedores laborales?

A ello se suma la situación de aquellas obligaciones aun no vencidas. ¿Debería aplicarse el art. 572 del Código Civil, que establece que “el deudor constituido en insolvencia” no puede “reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación”? Es decir, ¿deberían darse por vencidos todos los plazos? En ese sentido ¿debería aplicarse (aunque sea analógicamente) el art. 128 de la LCQ y considerarse “vencidas de pleno derecho” a las “obligaciones del fallido pendientes de plazo”?

MAFFÍA[64] explica que la nota del art. 572 del Código Civil “reconoce su fuente: el art. 1188 del Cód. francés, según el cual “el deudor no puede reclamar el beneficio del plazo cuando ha quebrado, o cuando por su conducta ha disminuido las garantías que había otorgado por el contrato”. Y señala como diferencia importante el hecho que el Código Francés también contempla (además de la quiebra) el supuesto de cuando por la conducta del deudor “hubieran disminuido las garantías que había otorgado por el contrato a su acreedor”, relacionado con lo previsto en el art. 37 de la ley francesa de 1967 que establecía que “la sentencia que ordena el arreglo judicial o la liquidación de bienes hace exigibles, respecto del deudor, las deudas no vencidas”. Y concluye el autor que para él “era necesaria una prescripción legal explícita para que la caducidad de los plazos, inherente a la quiebra, se aplicara también en el arreglo judicial, de alguna manera asimilable a nuestro concurso preventivo”.

Al respecto MAFFÍA[65] considera que si bien la caducidad de los plazos no está prevista expresamente para el concurso preventivo sino sólo para la quiebra (a su criterio por error), debería igualmente aplicarse por (i) aplicación de la segunda parte del art. 128 de la LCQ, que establece una deducción de intereses por el pago anticipado, es decir una detracción que compense las ventajas que pudieran obtenerse por la caducidad del plazo, que debería aplicarse analógicamente para el caso del concurso preventivo; y (ii) porque de lo contrario se afectaría la par conditio creditorum, al poder obtener un acreedor una ventaja por el no vencimiento de sus plazos.

Suponiendo que se aplica el art. 572 del Código Civil y deban darse por vencidos los plazos, ¿exactamente en qué fecha se consideraría que se ha producido la insolvencia del fideicomiso?

¿Podría el fiduciario realizar/adelantar pagos?

¿Podrían a su vez los acreedores considerar vencidos los plazos de las obligaciones en virtud del art. 753 del Código Civil (“el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores”), o de la aplicación analógica del art. 128 de la LCQ?

Finalmente, ¿deberían hacerse distribuciones parciales (provisionales) y definitivas? ¿Debería hacerse alguna reserva para acreedores “tardíos” o para aquellos cuyos créditos hayan sido cuestionados en su legitimidad?

6. Falta de Control.

En sexto lugar, la problemática referida a la designación del liquidador, y a la incertidumbre acerca de la posibilidad o no de requerir la liquidación judicial, se relaciona el fondo con la aparente falta de control del proceso liquidatorio, máxime teniendo en cuenta que la norma no prevé la designación de un síndico o figura similar, ni tampoco el control por parte de, y entre, los mismos acreedores.

7. Situación del fiduciario. Responsabilidad. Renuncia.

Los problemas descriptos precedentemente llevan a decir a LISOPRAWSKI que “la situación de liquidador no es envidiable”, ya que las obligaciones mencionadas (de determinar el presupuesto objetivo y hacer las veces de liquidador), “van de la mano con un factor de atribución de responsabilidad”. Y aun “suponiendo que él no provocó la situación de insolvencia”, deberá continuar en esa “situación desgraciada, conduciendo una liquidación que nadie sabe a ciencia cierta cómo debe hacerse”, quedando expuesto “al riesgo de responsabilidad personal, frente a las partes y los terceros acreedores, por estar actuando en un contexto donde no hay reglas claras que lo cubran”[66].

Tan “incómoda” es la situación, que tampoco el Fiduciario podría renunciar libremente, salvo que dicho supuesto esté expresamente previsto en el contrato de fideicomiso, en cuyo caso la renuncia sólo tendría efectos a partir de la transferencia del patrimonio fideicomitido al fiduciario sustituto, en caso que de que éste exista y acepte. Ahora bien, podría suceder que no se hubiese designado inicialmente un fiduciario sustituto, o que el mismo no hubiese aceptado el cargo. En tal caso, el art. 10 de la LDF prevé que “el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19”, es decir, una entidad “especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero”. Pero como bien señala LISOPRAWSKI, “cuesta imaginar que un Banco acepte buenamente hacerse cargo de un fideicomiso en ruina, con conflictos de toda especie y hasta con patrimonio negativo”[67].

8. Necesidad de complementar la norma

A los problemas detallados precedentemente TON[68] agrega los siguientes: ausencia de disposiciones que prohíban la enajenación de bienes por parte del fiduciario (una “inhibición al patrimonio del deudor para disponer de sus bienes”, como existe en la quiebra); no se suspenden las acciones de contenido patrimonial (por lo tanto los acreedores mientras “se está decidiendo la forma de liquidar los bienes fideicomitidos podrán agredirlos y seguir adelante con sus acciones”); no se indica nada sobre la suspensión de los intereses; falta de previsión con respecto a las ejecuciones privadas (que pueden “hace desaparecer el patrimonio en el iter de su liquidación”); falta de previsión con respecto a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes.

De lo cual se concluye que la norma es claramente insuficiente.

Pero más allá de sugerir cambios a la legislación de lege ferenda, hasta tanto ello no suceda resulta necesario analizar la posibilidad de completar la regulación específica de la LDF, mediante la aplicación analógica de otras normas y/o procedimientos, para poder resolver los casos que se presenten hoy en día.

Es importante aclarar que como bien explica LISOPRAWSKI, la tarea no será sencilla, que la LDF “padece de orfandad de elementos o pautas objetivas que nos permitan recurrir linealmente a la analogía con otros institutos donde la liquidación de patrimonios se halla presente. En la praxis el riesgo que se corre es el de la arbitrariedad, ya sea que el Fiduciario decida el procedimiento o en los decisorios donde los jueces intenten integrar la laguna existente, para suplir el vacío legal”[69].

Aunque por otro lado el autor señala que si bien cada uno de los sistemas “obedece a institutos distintos”, la analogía se justifica ya que en última instancia cualquier sistema liquidatorio “tiende a un objetivo común a todas las situaciones: liquidar un activo para cancelar el pasivo y distribuir el remanente, si lo hubiere, entre los derecho habientes”.

VI. Aplicación supletoria o subsidiaria de otros sistemas [\[arriba\]](#)

A. Reglas de interpretación de las leyes

Como bien explica SODERO[70], “múltiples han sido las discusiones con relación a las pautas de interpretación”, especialmente partir de la publicación de SAVIGNY de su “Sistema de derecho romano actual”, en el cual expresaba que en la interpretación de la ley “cuatro elementos se distinguen en ella, a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático”[71].

Al respecto de los distintos argumentos interpretativos, el autor explica la dificultad de establecer algún “orden de prioridad o jerarquía entre ellos”, y señala (basándose en ALEXY), que “la importancia de una teoría de la argumentación no radica en que ella pueda conducir con seguridad a un único resultado en todo caso, finalidad que sería demasiado pretenciosa; su valor es indicar reglas y formas cuyo cumplimiento o utilización hace que aumente la probabilidad de que en una discusión se llegue a una conclusión correcta, es decir, racional”[72].

Hecha esa aclaración, el autor señala las “reglas de la argumentación” que se detallan a continuación.

En primer lugar las denominadas reglas “lingüísticas, es decir (i) la interpretación gramatical (en la que “el juez deberá observar ciertas reglas”, a saber: “economía lingüística”, “coherencia semántica”, “preferencia prima facie del lenguaje ordinario”, y el “privilegio de la terminología técnica”); (ii) el argumento “a rúbrica”, es decir, “en función del título (o rúbrica) de la ley -o de la sección, del capítulo o del epígrafe- en el que ese enunciado normativo se encuentra”; y (iii) el argumento de la “voluntad de la ley” o de la “voluntad del legislador”.

En segundo lugar, las denominadas reglas “lógicas”, es decir (iv) el argumento “analógico” y “a contrario”; (v) el argumento “a mayor razón”; (vi) el argumento “apagógico” (del absurdo); y (vii) el argumento “sistemático”[73].

Luego de haberse aplicado precedentemente las reglas “lingüísticas”, a continuación se aplicarán las reglas “lógicas”, intentando llegar a una conclusión “racional”.

B. Aplicación del Sistema del fideicomiso financiero (interpretación intrasistémica)

En primer lugar podrían analizarse los principios generales que pudieran inferirse de la misma ley, ya que existen ciertas disposiciones en la LDF referidas a la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero.

Según el art. 23 de la LDF, en caso de “insuficiencia”, y a faltas de previsiones contractuales, el fiduciario deberá citar a una “asamblea de tenedores de títulos de deuda”, la que deberá ser notificada por edictos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación en la zona del domicilio del fiduciario, y deberá celebrarse “dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación”, con el propósito de que dicha asamblea “resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio”.

Y según el art. 24 de la LDF, dichas “normas” 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”.

Asimismo se establece el quórum para la constitución de la asamblea, la actuación para representación, y las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en la misma.

Si bien no serían directamente aplicables la totalidad de las disposiciones de los artículos mencionados precedentemente, podrían completar bastante la escasa regulación del art. 16, sin desnaturalizar su contenido, como se detalla a continuación.

Combinando el art. 16 y la aplicación analógica del art. 23, el fiduciario podría (¿o debería?) convocar al/los fiduciante/s y/o beneficiario/s a una asamblea o reunión, notificándolos del estado de “insuficiencia”, a efectos de que el/los mismo/s resuelva/n la provisión de “otros recursos” (o la adopción de medidas) a fin de sanear el patrimonio fideicomitado, o en su defecto se “procederá a su liquidación”, debiendo disponerse las “normas de administración y liquidación” del mismo.

En tal caso, dichas normas podrán prever, entre otras, la “transferencia del patrimonio fideicomitado como unidad a otra sociedad de igual giro”; la “continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso”; la “forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado”; la “designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del

patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman”, que podrá ser el fiduciario o no.

Sin embargo, en cualquier de dichas alternativas de liquidación, debería tenerse presente el “orden de privilegios previstos para la quiebra”.

Dichas decisiones deberán aprobarse conforme al quórum y las mayorías establecidos en el contrato, o en su defecto por aplicación analógica de lo establecido en el art. 24 in fine de la LDF.

Es decir, con respecto al quórum, en primera convocatoria “la asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes” los beneficiarios que representen “como mínimo dos terceras partes del capital emitido”. 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”, la que se considerará válida con los beneficiarios “que se encuentren presentes”.

Y con respecto a las mayorías, “los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable” de los beneficiarios que representen “a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido”, salvo en aquellas cuestiones que se consideren más gravosas, donde la mayoría debería ser “de dos terceras partes (2/3)” del capital emitido.

Al respecto, LISOPRAWSKI[74] ha dicho que en realidad los procesos de liquidación establecidas por la LDF son de dos especies solo “en apariencia”, porque no ve una “diferencia substancial, respecto de los terceros interesados, entre la liquidación de un modestísimo Fideicomiso ordinario y un Fideicomiso financiero (Arts.19, 23 y 24 de la LF), autorizado por la CNV para la oferta pública”. En consecuencia, en ambos casos, “al no autorizar la ley el concurso y la quiebra, los terceros acreedores del fiduciario (en relación al patrimonio separado del Fideicomiso) se encontrarán —al final del camino— con el enigmático procedimiento de liquidación “extrajudicial” establecido en el último párrafo del Art. 16 de la citada ley”. Y ello porque ni siquiera el “robusto andamiaje de las Normas de la CNV” podría imponer “las estipulaciones de la convención fiduciaria “urbi et orbi”” en un caso de insuficiencia o cesación de pagos; en concreto “a los terceros acreedores que no se sometieron —o deban someterse— al contrato de Fideicomiso Financiero, ni conformaron con su voluntad las decisiones de una asamblea de tenedores de títulos de deuda (y/o certificados de participación aunque la ley no la contemple)”.

Tal es así, que a menos que la Asamblea de Beneficiarios resuelva el saneamiento del patrimonio fideicomitado o establezca un proceso de liquidación que sea aceptado, el fideicomiso financiero tampoco podrá escaparse de las complicaciones que afecta al fideicomiso ordinario con relación al sistema concursal aplicable.

De todas maneras, en tanto no se impongan decisiones a los terceros acreedores, debería poder aplicarse el procedimiento de convocatoria a los fiduciantes, (i) como instancia previa a la liquidación y (ii) a fin de intentar fijar algunas pautas para la misma en caso que no obtengan aportes adicionales de dichos fiduciantes.

Incluso si se diera intervención a un juez, el mismo podría realizar dicha convocatoria en forma previa a disponer la liquidación.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina no se inclina por la aplicación analógica de las disposiciones relativas al fideicomiso financiero, por considerarlas improcedentes o insuficientes, y más bien se inclina por la aplicación de las normas relativas a otros procesos de liquidación.

C. Aplicación de los procedimientos liquidatorios del Cód. Civ. y C.P.C.C.N.

Suelen mencionarse además como posibles procedimientos aplicables a la liquidación del fideicomiso, ciertos procedimientos establecidos en el Código Civil ("CC") (como por ejemplo la partición hereditaria, la división de condominio, o la disolución de la sociedad conyugal), o en los Códigos Procesales Civil y Comercial ("CPCCN") (como por ejemplo la división de cosas comunes, o la división de herencia), los que a continuación se detallarán sucintamente.

1. Partición de la herencia

La partición de la herencia está regulada en los arts. 3462 a 3475 bis del Cód. Civ.

En caso de existir unanimidad de herederos, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que los mismos acuerden.

Aunque la partición deberá ser judicial en caso que: existan menores, aunque estén emancipados, o incapaces, interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta; o cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada; o cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente.

La tasación de los bienes se hará por peritos nombrados por las partes, así como la partición de la herencia. A dichos efectos, el partidor deberá formar la masa hereditaria, reuniendo "las cosas existentes, los créditos, tanto de extraños como de los mismos herederos, a favor de la sucesión, y lo que cada uno de éstos deba colacionar a la herencia".

Con respecto a los acreedores de la herencia, "deben separarse bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión", y asimismo aquellos acreedores "reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos".

No se observa mucho para rescatar para una posible aplicación subsidiaria a la liquidación del fideicomiso, salvo lo referido al derecho de los acreedores a solicitar la judicialización del proceso, y a la necesidad de realizar un inventario.

2. Disolución de la sociedad conyugal

Está regulada en los arts. 1291 a 1316 bis del Cód. Civ.

El presupuesto objetivo puede ser la separación judicial de los bienes, la declaración de nulidad del matrimonio, o la muerte de alguno de los cónyuges.

Aunque también se produce la disolución de la sociedad conyugal por la separación personal o divorcio vincular.

La separación de bienes puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges, cuando el “concurso o mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales”, o cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge.

En dicho supuesto, se reputarán simulados y fraudulentos ciertos actos o contratos celebrados con anterioridad a la demanda de separación, “en conformidad con lo que está dispuesto respecto a los hechos en fraude a los acreedores”. Asimismo, para evitar posibles responsabilidades puede solicitarse un inventario judicial de los bienes del otro que fuesen a entrar en el patrimonio de uno de los cónyuges.

En el caso de la disolución por nulidad, deberá aplicarse lo relativo a la separación de bienes o a la disolución de la sociedad de hecho, dependiendo su hubo buena o mala fe de los cónyuges.

Y en caso de disolución por muerte de uno de los cónyuges, será aplicable lo relativo al inventario y división de bienes establecido para la división de herencias en el CC, que ha sido detallado precedentemente.

En definitiva, nada parece agregar a lo establecido para el fideicomiso, salvo quizás la presunción de simulación y fraude de ciertos actos realizados en forma previa a la demanda de separación (una suerte de “periodo de sospecha”, que no está expresamente establecido para el fideicomiso).

3. Condominio

Según el art. 2698 del Cód. Civ., se aplicarán a la división de las cosas particulares en condominio “las reglas relativas a la división de las sucesiones, a la manera de hacerla y a los efectos que produce”, que ya se han detallado previamente, con lo cual nada pueden agregar a la liquidación del fideicomiso.

4. División de cosas comunes

El proceso de división de cosas comunes está regulado en los arts. 676 a 678 del C.P.C.C.N..

Allí se establece que una vez dictada la sentencia (que se sustanciará y resolverá por juicio sumario), deberá citarse a las partes a una audiencia en la que deberá para la designación de un perito tasador, partidador o martillero, según corresponda, y para acordar la forma de la división en caso que la misma no se hubiere establecido en la sentencia. Asimismo, para su designación (del perito tasador, partidador o martillero) y procedimientos ulteriores, se aplicarán “las disposiciones relativas a la división de herencia, en el primer caso, o las del juicio ejecutivo, en el segundo”.

También se prevé la posibilidad de pedir la aprobación de una división de bienes extrajudicial, en cuyo caso el juez, “previas las ratificaciones que

correspondieren, y las citaciones necesarias en su caso, resolverá aprobándola o rechazándola, sin recurso alguno”.

5. Proceso sucesorio

El proceso sucesorio está regulado en los arts. 689 a 735 del CPCCN, aunque solo se detallará el de la sucesión ab-intestato.

(a) Iniciación y medidas preliminares.

Para solicitar la apertura del proceso sucesorio debe justificarse, prima facie, el carácter de parte legítima.

Con respecto a los bienes, a pedido de parte o de oficio, el juez podrá disponer “las medidas que considere convenientes para la seguridad de los bienes y documentación del causante”.

A efectos de simplificar y acelerar la tramitación del proceso, el juez podrá convocar a una audiencia a fin de que las partes establezcan lo necesario para la “más rápida tramitación del proceso”.

Inicialmente el juez puede designar un administrador provisional.

(b) Sucesión extrajudicial.

Está previsto un proceso “extrajudicial” para el caso que “todos los herederos fueren capaces, y, a juicio del juez, no mediare disconformidad fundada en razones atendibles”.

En dicho supuesto, los trámites posteriores “continuarán extrajudicialmente a cargo del o de los profesionales intervinientes”, aunque las “operaciones de inventario, avalúo, partición y adjudicación, deberán efectuarse con la intervención y conformidad de los organismos administrativos que correspondan”. Y una vez cumplidos esos recaudos, se podrá solicitar “directamente la inscripción de los bienes registrables y entregar las hijuelas a los herederos”. Sin embargo, en caso que se susciten “desinteligencias entre los herederos, o entre éstos y los organismos administrativos, aquéllas deberán someterse a la decisión del juez del proceso sucesorio”.

(c) Apertura, citación y declaratoria de herederos.

En cuanto al proceso sucesorio judicial, en el juez deberá disponer, en el auto de apertura del proceso, la “citación de todos los que se consideraren con derecho a los bienes dejados por el causante, para que dentro del plazo de TREINTA (30) días lo acrediten”. Debiendo efectuarse dicha citación mediante notificación a los herederos denunciados, y mediante la publicación de edictos en el Boletín Oficial y en otro diario del lugar del juicio.

Una vez cumplidos los trámites anteriores, el juez dictará declaratoria de herederos, la que podrá ser impugnada judicialmente por cualquier pretendiente en cuanto a su validez o exactitud, a fin de “excluir a un heredero declarado, o

para ser reconocido con él”, y asimismo podrá ser ampliada en cualquier estado del proceso.

Una vez dictada la declaratoria de herederos, el juez deberá convocar a una audiencia con el objeto de “con el objeto de efectuar las designaciones de administrador definitivo, inventariador, tasador y las demás que fueren procedentes”.

(d) Administrador

En caso que no exista acuerdo entre los herederos para la designación del administrador, el juez deberá nombra al cónyuge supérstite, o en su defecto a la persona propuesta por la mayoría, salvo motivos especiales que sean aceptables para el juez.

Las facultades del administrador se limitan, en principio a los actos conservatorios.

El administrador deberá rendir cuentas trimestralmente, salvo que se hubiese fijado otro plazo por mayoría, y deberá rendir una cuenta final al terminar sus funciones. Las mismas deberán ser puestas a disposición de los interesados durante 5 (cinco) y 10 (diez) días respectivamente; de no mediar observaciones serán aprobadas por el juez, y en caso contrario se sustanciarán por el trámite de incidentes.

El administrador sustituido de acuerdo a las reglas de su designación, y asimismo podrá ser removido, de oficio o a pedido de parte, “cuando su actuación importare mal desempeño del cargo”, pudiendo incluso el juez suspenderlo en su cargo mientras se sustancie el proceso, si “las causas invocadas fueren graves y estuviesen prima facie acreditadas”.

(e) Inventario y Avalúo

El inventario podrá ser sustituido por las partes una denuncia de bienes, salvo en los casos que se detallan a continuación, en los que el inventario y avalúo deberá realizarse judicialmente, a saber: cuando sea pedido por un heredero que no haya perdido o renunciado el beneficio de inventario; cuando no hubiere nombrado curador de la herencia; cuando lo solicitaren los acreedores de la herencia o de los herederos; cuando correspondiere por otra disposición de la ley.

El inventario definitivo deberá realizarse luego de dictada la declaratoria de herederos, aunque podrán realizarse uno o más inventarios provisionales antes de la misma.

El inventariador será un escribano, y deberá ser designado por la mayoría de los herederos presentes en audiencia, o en su defecto por el juez.

Para la formación del inventario serán citados las partes, los acreedores y los legatarios, notificándoseles el lugar, día y hora de la diligencia, que se realizará con intervención de las partes que concurran.

A dichos efectos se confeccionará un acta que contendrá “la especificación de los bienes, con indicación de la persona que efectúe la denuncia. Si hubiese título de propiedad, sólo se hará una relación sucinta de su contenido”. Asimismo, “se

dejará constancia de las observaciones o impugnaciones que formularen los interesados”.

Solo se valorarán los bienes inventariados, y su avalúo será realizado por uno o más peritos designados de la misma manera que el inventariador.

Tanto el inventario como el avalúo deberán ser puestos a disposición de las partes por el plazo 5 (cinco) días, vencido el cual sin haberse presentado oposiciones se aprobarán ambas diligencias sin más trámite.

En caso de presentarse reclamaciones por parte de los herederos o terceros sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, las mismas se sustanciarán por incidente.

En cambio, si las reclamaciones fueran sobre el avalúo, deberá convocarse a una audiencia con los interesados y el perito para que se expidan al respecto, y el juez resolverá lo que considere correspondiente. Aunque si las observaciones requiriesen sustanciación más amplia, la cuestión podrá tramitar por juicio sumario o por incidente, siendo no recurrible la resolución del juez al respecto.

(f) Partición y Adjudicación.

Una vez que sean aprobados el inventario y el avalúo, en caso que la totalidad de los herederos capaces estuviesen de acuerdo, los mismos podrán realizar una formular partición privada y presentarla al juez para su aprobación, aunque no procederá su inscripción en caso que exista oposición de acreedores o legatarios.

El partidador deberá ser un abogado, y deberá ser designado de la misma manera que el inventariador.

La partición deberá ser presentada por el partidador dentro del plazo fijado por el juez, el cual podrá ser prorrogado por pedido fundado del partidador o los herederos.

A fin de realizar las adjudicaciones, si las circunstancias lo requieren el partidador “oír a los interesados a fin de obrar de conformidad con ellos en todo lo que acordaren, o de conciliar, en lo posible, sus pretensiones. Las omisiones en que incurrieren deberán ser salvadas a su costa”.

Una vez presentada la partición, la misma deberá ser puesta a disposición de los interesados por un plazo de 10 (diez) días, vencido el cual sin haberse formulado oposiciones, si correspondiere se aprobará la cuenta particionaria, sin recurso, el que solo se concederá contra la resolución que rechace la cuenta.

En caso de presentarse oposiciones, el juez citará a audiencia a las partes y al partidador para “procurar el arreglo de las diferencias”. La misma “tendrá lugar cualquiera fuese el número de interesados que asistiere”, y en caso que los interesados no lleguen a un acuerdo, “el juez resolverá dentro de los DIEZ (10) días de celebrada la audiencia”.

(g) Posible aplicación a la liquidación del fideicomiso.

El proceso sucesorio es bastante completo, y en el cual existen ciertos elementos cuya aplicación, salvando las distancias, podría ser aplicable para completar el

proceso de liquidación del fideicomiso, tales como: la posibilidad de un proceso extrajudicial (parcial), el llamado a los interesados y la acreditación de los mismos, la declaración de herederos acreditados, la designación de un administrador que deberá rendir cuentas, la realización de un inventario (por un inventariador designado al efecto) y de un avalúo (por peritos designados al efecto), que serán puestos a consideración de los interesados y podrán ser observados y eventualmente resueltos por el juez, y finalmente la formulación de una partición (por un partidador designado), discutida con los interesados, que también podrá ser observada y eventualmente resuelta por el juez.

D. Aplicación del Sistema de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales

El procedimiento para la liquidación de sociedades comerciales se encuentra establecido en la Sección XIII (arts. 101 a 112) de la Ley 19.550 (“LSC”).

En presupuesto objetivo de la liquidación es la disolución de la sociedad (o el “estado de liquidación”), que según el art. 94 de la LSC produce: por decisión de los socios; por expiración del término por el cual se constituyó; por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia; por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; por pérdida del capital social; por declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o concordado resolutorio; por su fusión en los términos del artículo 82 de la LSC; por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres (3) meses. En este lapso el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas; por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones. La disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los 60 (sesenta) días, de acuerdo con el artículo 244, cuarto párrafo, de la LSC; o por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto.

Salvo casos especiales o estipulación en contrario en los Estatutos, la liquidación estará a cargo del órgano de administración. En su defecto, el liquidador será designado por los socios por mayoría, en el plazo de 30 (treinta) días de haber entrado la sociedad en estado de liquidación, o en última instancia el juez a pedido de cualquiera de los socios. En cualquier caso, el nombramiento del liquidador debe inscribirse en el Registro Público de Comercio. De la misma manera, el liquidador puede ser removido por los socios por la misma mayoría, o con justa causa por el juez a pedido de un socio o del síndico.

En virtud del art. 103 de la LSC, el liquidador deberá confeccionar dentro del plazo de 30 (treinta) días de haber asumido su cargo (prorrogable hasta 120 días por los socios por mayoría), un “inventario y balance de patrimonio social”, que deberá ser puesto a disposición de los socios, bajo apercibimiento de ser removido, pérdida de sus honorarios, y responsabilidad por daños y perjuicios. Asimismo, el liquidador deberá informar periódicamente a los socios sobre el estado de liquidación, en forma trimestral. Y si la liquidación se extendiere por más de un año, deberá confeccionar balances anuales.

Según el art. 105, el liquidador estará facultado para “celebrar todos los actos necesarios para la realización del activo y cancelación del pasivo”, aunque sujeto a las instrucciones de los socios. Podrán realizarse distribuciones parciales si todas las obligaciones sociales estuvieren suficientemente garantizadas, debiendo

publicarse el acuerdo de contribución parcial en la misma forma y con los mismos efectos que el acuerdo de reducción de capital.

Se aplicarán al liquidador las normas de responsabilidad establecidas para los administradores.

Una vez extinguido la totalidad del pasivo social, el liquidador deberá confeccionar un balance final y proyecto de distribución, y comunicar el mismo a los socios, quienes tendrán un plazo de 15 (quince) días para impugnarlos, y eventualmente un plazo de 60 (sesenta) días para promover la correspondiente acción judicial. En el caso de las sociedades del 299 inc. 2) de la LSC y las sociedades anónimas, el balance final deberá ser suscripto por el síndico y aprobado por los socios, en cuyo caso podrán ser impugnados por los socios disidentes o ausentes, en el plazo mencionado contado a partir de la asamblea. En cualquier caso, una vez aprobado el balance final y proyecto de distribución, el mismo será ejecutado y agregado en el legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio.

De acuerdo a lo explicado precedentemente, no parecería ser un procedimiento aplicable a la liquidación del fideicomiso por insolvencia, más allá de existir algunos elementos que podrían ser tenidos en cuenta, como ser el mecanismo de designación del liquidador, la confección de un inventario y balance en un determinado plazo, la confección de un balance final y proyecto de distribución en un determinado plazo, y las posibilidades de impugnarlos incluso judicialmente.

E. Aplicación del Sistema de la LCQ.

El problema de aplicar cualquiera de los procedimientos detallados anteriormente, es que ninguno está pensado para supuestos de insolvencia.

Por ello, la postura más fuerte es claramente la de aplicación subsidiaria del procedimiento establecido en la LCQ, lo cual se vio reflejado en las “Primeras Jornadas Argentino Uruguayas - Sociedades Comerciales y Fideicomisos”, celebradas en la Ciudad de Colonia el 3 y 4 de Octubre de 2011, donde “muchas de las ponencias tratadas fueron en relación a este tema, con una intención clara por parte de la Doctrina de hacer sujeto susceptible de la ley 24.522 al Fideicomiso. Criterio, por ejemplo, respaldado a viva voz por el actual Presidente del Instituto Argentino de Derecho Comercial en la reunión del Instituto llevada a cabo el 25/10/2011 y que fue el prelude de este Trabajo”[75].

FIGUEROA[76] señala que en caso “los acreedores accionaren contra los bienes afectados, no se debe descartar la posibilidad de las siguientes situaciones: (i) que el administrador se viera con dificultades para realizar los bienes afectados, por medidas cautelares que obtuvieran los acreedores en forma individual, (ii) que quienes accionaran primero subastaran los bienes afectados y el fideicomisario no llegara a tiempo para impedir la acción judicial”.

Para dichos supuestos, y basado en el “axioma de “la aplicación analógica del derecho”, el autor sostiene que “se podría recurrir en forma sumaria al proceso de verificación que establece la Sección III, Capítulo III, Título II de la ley 24.522, ya sea por decisión del fideicomisario, o en los supuestos que se tuviera dificultad para llevar adelante el proceso de realización y distribución”, sobre todo considerando que “la ley 24.441 se remite en forma subsidiaria a la ley 24.522”.

De esa manera, se podría cumplir “en su totalidad el principio de igualdad entre los acreedores, desechando toda posibilidad de que se incluyeran acreencias que no fueran auténticas, como así también que todos los acreedores controlaran las acreencias generadas contra el patrimonio de afectación”. Y además, el administrador “quedaría totalmente respaldado por resolución judicial en cuanto a los importes a distribuir, con la posibilidad de que el magistrado actuante pudiera declararse competente y disponer el levantamiento de las molestias que perturbaran el cometido de lo dispuesto en el art. 16 de la ley concursal”.

Y el autor cita en su apoyo, como legislación análoga vigente, a lo establecido en los arts. 50 y 52 de la ley de seguros 20.091, en los cuales se establece que “cuando el interés de los asegurados lo requiere, la autoridad de control podrá pedir la liquidación judicial, en donde deberán verificar las acreencias los interesados bajo el mecanismo dispuesto en el art. 32 de la ley concursal, y posteriormente la distribución, conforme lo establece el régimen de la ley de concursos y quiebra”.

F. Aplicación de un Sistema Mixto entre LSC y LCQ

En línea con lo propuesto por la propuesta de FIGUEROA referida precedentemente, LISOPRAWSKI señala la propuesta de MOLINA SANDOVAL[77] de establecer una suerte de sistema mixto entre el Sistema de la LSC y el Sistema de la LCQ, de manera tal de “encaminar la liquidación por medio de la normativa societaria (arts. 101 y ss., LSC), pero respetando de manera armónica algunos principios típicamente concursales, tales como la universalidad, la igualdad de los acreedores y la necesidad de una etapa de insinuación de los créditos a la manera de la LCyQ”[78].

KIPER - LISOPRAWSKI[79] reseñan este sistema “ad hoc”, que propone en primer lugar realizar una convocatoria a los acreedores y verificación de sus créditos en los términos y de la LCQ, y luego de ello proceder con la liquidación del patrimonio fideicomitido y distribución del resultado conforme a la LSC, es decir, con un “adecuado régimen de publicidad (anotaciones registrales, edictos, etc.), dando cuenta de la calidad de liquidador del fiduciario y del estado de liquidación forzosa del fideicomiso”. Y durante la liquidación, “el fiduciario debería informar a los interesados por medio de inventarios y balances, estado de la liquidación, etc.”

Con respecto a la venta de los bienes fideicomitidos, LISOPRAWSKI[80] explica que el sistema mixto “se propone asimilarla a las vías previstas en la ley concursal (arts. 204, inc. 1, 2 y 3 de la LCyQ): en conjunto, en forma singular, etc., con sujeción al control judicial”. Y una vez concluidas las mismas, “debería presentarse un balance final y el proyecto de distribución de fondos de acuerdo al orden de privilegios establecido en la LCyQ (art. 16, Ley 24.441), si hubiere un remanente, previa autorización del Juez que interviene en la liquidación, el que asimismo debería fiscalizar la distribución siguiendo el fiduciario – a la manera del Síndico de la quiebra– las pautas concursales que establece el art. 218, de la LCyQ”.

Si bien el autor citado reconocer la propuesta de sistema mixto “abre muchos interrogantes”, la misma “no deja de ser atendible”, ya que en definitiva “algo es mejor que nada”.

G. Jurisprudencia.

Por su parte la Jurisprudencia no ha tomado una postura completa al respecto, aunque sí se nota una tendencia a la “judicialización de los procesos”[81], como se detalla a continuación.

1. Fideicomiso “South Logistics”.

En este sentido, el fallo “Fideicomiso South Logistics” no estableció pauta alguna al respecto, sino tan solo que el fideicomiso “no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia”. Y frente a la pretensión subsidiaria de encausar el proceso en la “liquidación del fideicomiso”, el Tribunal afirmó que “el hecho de haberse optado por la vía del pedido de quiebra, que es un trámite específico y puntual con consecuencias también específicamente regladas por la ley, obsta a la transformación pretendida, cuando existe una clara disposición legal que veda puntualmente la quiebra del fideicomiso”.

2. Fideicomiso Ordinario “Fidag”.

Sí avanza un poco más el fallo “Fideicomiso Ordinario Fidag”, en el cual atento a que “el contrato de fideicomiso base del negocio objeto de autos no contuvo previsiones sobre la forma que se debe llevar a cabo la liquidación”, el Tribunal entendió que “no se aprecia óbice para que el fiduciario solicite -como sucede aquí- que ese procedimiento se lleve a cabo judicialmente. Por el contrario, ello evita dejar en sus exclusivas manos la oportunidad y forma de liquidación, con lo que se otorga una tutela adicional a los acreedores, cuyos intereses se verán resguardados por tal medida, dados los conflictos que previsiblemente se derivarán de la insolvencia de los bienes fideicomitados. Así, pues, frente a la decisión del propio fiduciario, júzgase procedente la vía judicial elegida para la liquidación del fideicomiso”. Sin embargo, la Cámara no da mayores precisiones al respecto, sino que simplemente resolvió que “se admitirán entonces los agravios y se encomendará al magistrado que establezca las pautas y normativa aplicable al proceso”.

3. Fideicomiso “Calle Chile 2286/94/96”

Finalmente, el fallo “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96”, en el cual “si bien las partes celebrantes del fideicomiso acordaron que la liquidación estaría a cargo del fiduciario, no establecieron ni las formas ni el procedimiento en que la misma debería llevarse a cabo”, el Tribunal resolvió que “frente a la ausencia de normativa específica sobre el particular, se dispondrá la aplicación analógica de las normas de la ley de sociedades comerciales y de concursos y quiebras que mejor se adecuan a la naturaleza del instituto del fideicomiso. Es decir, se dispondrá su liquidación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 101 y siguientes de la ley 19.550, como seguidamente se detallará. Sin perjuicio de ello, 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 concurran al domicilio del liquidador para hacer valer su condición de tales (analógicamente arts. 32 y siguientes de la ley 24.522)”. Y a dichos efectos, además de decretar la liquidación judicial, el Tribunal estableció las siguientes pautas:

(a) Liquidador. Con relación a quién debería tener a su cargo la liquidación, consideró que si bien el contrato de fideicomiso establecía que debía ser realizada

por el fiduciario, “no puede dejar de ponerse de relieve que ha sido el propio fiduciario/liquidador, quien ha resaltado la necesidad de instar el servicio de justicia para proceder en forma adecuada a la liquidación del fideicomiso. Ello, fundado en las circunstancias antes referidas, esto es, la ausencia de previsión contractual sobre las modalidades de la liquidación, y los inconvenientes que afectaron el normal funcionamiento del fideicomiso, atribuidos fundamentalmente a las inconductas y situación falencial de la anterior fiduciaria (...)” (una sociedad a quien se había decretado su quiebra, y en consecuencia se había designado un nuevo fiduciario en su reemplazo). “Ello amerita, en aras de posibilitar un adecuado control jurisdiccional que garantice la debida protección de los intereses de los acreedores y beneficiarios, así como los de los demás sujetos involucrados en este proceso, la designación de un “co-liquidador” quien juntamente con el fiduciario deberán llevar a cabo la tarea de venta del activo y cancelación del pasivo fiduciarios”.

(b) Inhibición General de Bienes. Decretó la “inhibición general de bienes del fideicomiso” a cuyo fin ordena librarse los despachos del caso a los registros pertinentes”

(c) Verificación de créditos. Estableció una suerte de proceso de verificación de créditos, a cuyos efectos fijó una fecha máxima “hasta la cual los acreedores deberán presentar los títulos justificativos de sus créditos en el domicilio de los liquidadores (arg. art. 32 ley 24.522)”, e hizo saber a los liquidadores que en determinada fecha debían “presentar en autos un dictamen fundado con acerca de la pertinencia de los créditos que hubieran solicitado reconocimiento”.

(d) Inventario. Dispuso que se libren “mandamientos de constatación a los inmuebles objeto del fideicomiso”, y “los despachos del caso a fin de que se acompañen en autos los títulos de propiedad de los inmuebles objeto del fideicomiso” (los activos más importantes del patrimonio fideicomitado), a fin de proveer “lo que corresponda en relación a la subasta de los mismos”.

(e) Notificaciones y Publicaciones. Ordenó que se comunique la liquidación judicial al “fiduciante y fideicomisario”, y ordenó publicar “edictos por cinco días en el Boletín Oficial y en Clarín”.

H. Opinión

En primer lugar es importante aclarar que la LDF no carece de un sistema concursal, sino que el mismo está insuficientemente regulado, de manera tal que lo que resulta necesario es “complementar” el sistema establecido, y no “reemplazarlo” por otro.

Y en segundo lugar, debe señalarse que no solo debe completarse el “procedimiento” del sistema, sino también algunas cuestiones de fondo.

La regulación de fondo común a todos los sistemas concursales pareciera ser la siguiente: frente a la escasez y la imposibilidad de pagar a todos lo que corresponde, debe realizarse un análisis de situación de activos y pasivos (verificando créditos y deudas), y pagar lo que se pueda, tratando a todos los acreedores por igual (aplicando el concepto constitucional de “igualdad”).

Por lo tanto dichos principios generales de la insolvencia deben aplicarse por más que no surjan claros del art. 16 de la LDF.

Con respecto a que procedimiento aplicar en forma subsidiaria o complementaria, en primer lugar deberían poder aplicarse las disposiciones de la LDF con relación a la insolvencia del fideicomiso financiero, sobre todo en cuanto a la necesidad de convocar a los fiduciantes en forma previa a dar inicio a la liquidación.

Si bien los procedimientos liquidatorios establecidos en el CC y el CPCCN tienen algunas pautas interesantes (que tienen alguna relación con los principios generales mencionados precedentemente), su principal limitante es que no están pensados para supuestos de insolvencia.

Y con respecto al sistema mixto entre LSC y LCQ, si bien es el que resulta más interesante, lo cierto es que tendría poco sustento legal y sería más bien un procedimiento establecido por el fiduciario discrecionalmente; por lo tanto susceptible de ser cuestionado por los acreedores y/ o los fiduciantes y beneficiarios.

Por lo tanto el procedimiento más indicado o el que más se acerca al procedimiento establecido en la LDF, es el establecido por la LCQ (que salvo excepciones, es no es derecho de fondo sino de forma).

El problema es que hay algunas cuestiones que no parece estar claro si son derecho concursal de fondo o de forma, a saber: el derecho del acreedor de solicitar el inicio del procedimiento, y el derecho del acreedor y/o del deudor a solicitar la intervención judicial en procedimiento.

En cualquier caso, creo que ambos supuestos deben aplicarse.

Por un lado, el acreedor debería poder solicitar el inicio del procedimiento establecido en el art. 16 de la LDF para el supuesto de insolvencia, porque de lo contrario se podría caer en una denegación de justicia.

Por otro lado, el acreedor y/o el deudor deberían poder solicitar que la liquidación se realice judicialmente. Y en el caso del acreedor, debería poder solicitar la remoción del fiduciario como liquidador.

Incluso lo más conveniente pareciera ser directamente la obligatoriedad de la liquidación judicial, ya que: (i) como se ha visto no correspondería que el fiduciario/liquidador sea juez y parte; (ii) es muy probable que existan cuestionamientos (por parte de los acreedores o los fiduciantes y beneficiarios) al sistema concursal o de liquidación que elija o determine el fiduciario; y (iii) es muy probable que existan problemas o cuestionamientos entre las partes durante el proceso, con lo cual casi inevitablemente en algún momento se solicitará la intervención del juez.

Aunque tampoco asegura que los acreedores y/o los fiduciantes y beneficiarios no vayan a cuestionar también el procedimiento o sistema establecido "pretorianamente" por el juez, o las resoluciones que se adopten durante el mismo.

VII. El proyecto de reforma del Código Civil [\[arriba\]](#)

El 8 de Junio de 2012 ingresó en el Congreso de la Nación (Expte. 57/12), con algunas modificaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo Nacional, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante el “Proyecto”) redactado por la Comisión de Reformas designada por el Decreto 191/2011, integrada por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, y Aida Kemelmajer de Carlucci. El Proyecto ha incluido la regulación de la figura del fideicomiso, pero introduciendo algunas modificaciones, en particular referidas al tema que nos convoca, sobre el que hemos hecho referencia anteriormente[82], y analizaremos a continuación.

En los Fundamentos del Proyecto[83], redactados por la Comisión de Reformas mencionada en la introducción, se establece con respecto al Fideicomiso que la propuesta se basa “en el texto del Proyecto de 1998”, posterior a la LDF, el cual oportunamente propuso la “incorporación de la figura al Código unificado, sistematizó las normas de la ley y propuso la modificación de algunos aspectos que a la fecha de su redacción la doctrina había marcado como necesarios”.

También se menciona que a criterio de la Comisión de Reformas, “el régimen vigente no merece cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación, y demostró eficiencia en su aplicación”.

Por ello manifiestan que se ha seguido el Proyecto del 1998, “in perjuicio de mejoras en aspectos de redacción que entendemos deben ser realizados, y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcan como necesarios”; siendo en el caso de la insolvencia, el siguiente: “se determina que la liquidación del fideicomiso por su insolvencia se realizará por vía judicial”.

Los fundamentos del Poder Ejecutivo nada agregan al respecto.

La insolvencia del Fideicomiso Ordinario se encuentra regulada en el Proyecto en el art. 1687 (que reemplazaría al art. 16 de la LDF, con algunas modificaciones), el cual establece que “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” (el resaltado es nuestro).

Vemos entonces que no solo se ha establecido la liquidación judicial (es decir, no estará más a cargo del fiduciario), sino que también se ha indicado la aplicación subsidiaria la LCQ para la fijación del “procedimiento” de la liquidación, por parte del juez.

De todas maneras, consideramos que de aprobarse la redacción propuesta quedarían fuera de la misma algunos aspectos desarrollados a lo largo de este trabajo, que han sido señalados como problemáticos o insuficientes por parte de la doctrina y la jurisprudencia, a saber: (i) mantiene el concepto de “insuficiencia de los bienes”, que como se ha visto no es claro (podría habérselo reemplazado por el de “cesación de pagos”); (ii) no establece claramente la obligatoriedad de convocatoria a los fiduciantes para realizar nuevos aportes; (iii) mantiene la imposibilidad de “dar lugar a la quiebra” (para algunos lo mejor hubiese sido

directamente aplicar la LCQ); (iv) no prohíbe ni autoriza expresamente la solicitud y apertura del concurso preventivo (para zanjar definitivamente la cuestión); (v) no aclara si la liquidación podría ser solicitada por un acreedor o solo por el fiduciario, ya que solo menciona que “procede su liquidación”; (vi) no aclara qué sucede con las obligaciones no vencidas; (vii) no establece pautas para la liquidación (efectos sobre las obligaciones, etc.); y (viii) seguramente se presentarán diversas cuestiones en las que no estará claro que “sea pertinente” o no la aplicación de la LCQ.

Es importante señalar que se establece la aplicación de la LCQ para fijar el “procedimiento” (derecho de “forma”), para nada establece con respecto a las normas de derecho de “fondo” de la mencionada ley.

La redacción propuesta es un avance, y zanja algunas cuestiones, pero creemos que sería conveniente que se aproveche la oportunidad para resolver también el resto de los inconvenientes, que de lo contrario continuarán presentes en caso de aprobarse el texto del Proyecto tal cual está.

VIII. Conclusiones [\[arriba\]](#)

En virtud de lo expuesto se puede concluir lo siguiente:

Si bien el fideicomiso ha tenido un gran avance “comercial” o en su utilización práctica, todavía necesita recorrer mucho camino “jurídico”, fundamentalmente jurisprudencial.

Si bien se ha avanzado bastante en algunos supuestos de insolvencia relacionados con el fideicomiso, ha sido escaso el desarrollo con relación al supuesto de insolvencia del patrimonio fideicomitado.

Al fideicomiso no puede aplicársele en forma directa la LCQ, ya que el art. 16 de la LDF ha establecido un sistema concursal propio.

El “sistema concursal” establecido por el art. 16 de la LDF es claramente insuficiente.

De lege ferenda resulta necesaria la reforma del art. 16 de la LDF

Hasta tanto ello no suceda, el sistema establecido por la LDF debe complementarse con los principios generales de la insolvencia, y la aplicación subsidiaria de algún otro procedimiento de liquidación de patrimonios.

El procedimiento establecido en la propia LDF para la insuficiencia del fideicomiso financiero tiene algunas pautas interesantes que podrían ser aplicables, sobre todo como instancia previa a la liquidación.

Si bien ciertos procedimientos liquidatorios establecidos en el CC o el CPCCN, como por ejemplo el de la sociedad conyugal o el proceso sucesorio, tienen algunas pautas o elementos interesantes como para evaluar su aplicación subsidiaria a la liquidación del fideicomiso, lo cierto es que se trata de procedimientos no previstos para supuestos de insolvencia.

Por lo tanto, el procedimiento de liquidación que pareciera ser el más complementario, por tratarse de un sistema concursal, es el de la LCQ, cuya aplicación subsidiaria se propone, en concordancia con el Proyecto, pero señalando la necesidad de resolver además el resto de los inconvenientes desarrollados en el presente.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRIA, Héctor, Diálogo de Economía y Derecho y Convergencias Culturales y Sociales en la Insolvencia, Acad. Nac. de Derecho 2007 (enero), 01/01/2007, 1 - LA LEY 2007-C, 900 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 1001

ALTERINI, Jorge Horacio - ALTERINI, Ignacio Ezequiel, Pluralidad de regímenes del dominio fiduciario, LA LEY 26/05/2010, 1.

CAMERINI, Marcelo A., El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero, LA LEY 2007-F, 998

CARREGAL, Mario Alberto, El fideicomiso, Universidad de Buenos Aires, 1982.

CARREGAL, Mario A., El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441, LA LEY 2007-B, 1165

FERNÁNDEZ, Raymundo L., La cesación de pagos en el Derecho argentino y universal: extractado del tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra, 1939, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina

FERRO, Carolina, Actualidad jurisprudencial y doctrinaria sobre Fideicomiso y Concurso, Eldial.com DC17FB, 28/03/2012

FIGUEROA, TOMÁS ISE, Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos, LA LEY1999-A, 899

GAMES, Luis M. - ESPARZA, Gustavo, Fideicomiso y Concursos, Buenos Aires, 1997.

GOLDSCHMIDT, Roberto, Trust, fiducia y simulación, LA LEY 67, 777 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2009, 465

GRAZIABILE, Darío J., Insolvencia y fideicomiso, Suplemento del 7-2-2005, en: LA LEY. REVISTA JURIDICA ARGENTINA, Volumen: 2005-A, 2005, Buenos Aires, La Ley, 1363-1369.

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas, LA LEY 1995-E, 1226-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 299

HEREDIA, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, t. 2, Abaco, Buenos Aires, 2000.

JOULIA, Emilio César, Consecuencias y camino ante la insolvencia del patrimonio fiduciario, MJ-DOC-2024-AR | MJD2024

KIPER, Claudio M. - LISOPRAWWSKI, Silvio V., Tratado de Fideicomiso, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2003

KIPER, Claudio M.; LISOPRAWWSKI, Silvio, Liquidación judicial del fideicomiso en crisis. Un precedente emblemático, LA LEY 12/05/2011, 3

KIPER, Claudio M. - LISOPRAWWSKI, Silvio V., Liquidación judicial de un fideicomiso inmobiliario, LA LEY 14/02/2012, 14/02/2012, 5

LISOPRAWWSKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, Suplemento del 4/08/2010

LISOPRAWWSKI, Silvio, La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El "limbo" o la subsistencia "ultra vires", LA LEY2008-B, 912 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2009, 745 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2009, 751

LISOPRAWWSKI, Silvio - MARTORELL, Ernesto E., Crisis de fideicomisos emblemáticos. Nuevos alcances de la responsabilidad del fiduciario, LA LEY 2009-C, 1206 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2009, 725.

LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.000, Tomo III.

MACIEL, Hugo D., La cesación de pagos en la ley de quiebras 24.522, LA LEY1997-D, 1280.

MAFFÍA, Osvaldo J., Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial, LA LEY1984-C, 775 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205.

MAFFÍA, Osvaldo J., ¿Por qué caducidad de los plazos en el concurso preventivo?, LA LEY1986-E, 895 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 1043.

MAYER, Mariano, Insolvencia del fideicomiso ordinario. Régimen actual y modificaciones propuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista Argentina de Derecho Concursal, IJ-LXV-632, 22-08-2012.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El Fideicomiso en la dinámica mercantil, Abaco, Buenos Aires, 2004.

ORELLE, José María, El Fideicomiso en la ley 24.441, LA LEY 1995-B, 874-Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III, 647-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 317.

ROSENFELD, L. Carlos, Antecedentes históricos del "Fideicomiso", LA LEY 1998-E, 1191.

ROUILLON, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522, 15° Ed., Astrea, Buenos Aires, 2010.

SAVIGNY, M. F. C. de, Sistema de Derecho Romano Actual, traducido del alemán por GUENOUX M. Ch., vertido al castellano por MESIA, Jacinto y POLEY, Manuel, con prólogo de DURAN Y BAS, Manuel, 1878, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, t. I.

SODERO, Eduardo R., Sobre la responsabilidad científica del juez, en SANTIAGO, Alfonso (h) (dir.), La responsabilidad judicial y sus dimensiones, 2006, Buenos Aires, Hammurabi, t. II, p. 526-554

TON, Walter Ruben, El Fideicomiso en insolvencia debe ser liquidado a través de la quiebra, http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/contratos/fideicomiso_insolvencia_debe_ser_liquidado_quiebra_ton.pdf, Fecha de último ingreso: 28/05/2012.

CNCom., Sala A, “Fideicomiso South Link Logistics I s/pedido de quiebra promovido por Embal System S.R.L.” (Exp. 68118/2008), 03-04-09, La Ley Online AR/JUR/12009/2009.

CNCom., Sala E, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ liquidación judicial”, LA LEY 12/05/2011, 2, con nota de Claudio M. KIPER; Silvio Lisoprawski; LA LEY 2011-C, 211, con nota de Claudio M. KIPER; Silvio Lisoprawski. Cita online: AR/JUR/95437/2010

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17, 12/09/2011, publicado en LA LEY 14/02/2012, 1, con nota de Claudio M. KIPER; Silvio LISOPRAWSKI. Cita Online: AR/JUR/86345/2011

Orden del Día núm. 666 de Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación. Según sumario: ley de financiamiento de la vivienda y la construcción. Implementación (13-PE-1994-) Dictamen de Mayoría. El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 1995, p. 751.

[1] CARREGAL, Mario A., El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441, LA LEY 29/03/2007, 1, LA LEY 2007-B, 1165

[2] LISOPRAWSKI, Silvio - MARTORELL, Ernesto E., Crisis de fideicomisos emblemáticos. Nuevos alcances de la responsabilidad del fiduciario, LA LEY 2009-C, 1206 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2009, 725

[3] FERRO, Carolina, Actualidad jurisprudencial y doctrinaria sobre Fideicomiso y Concurso, Eldial.com DC17FB, 28/03/2012

[4] KIPER, Claudio M. - LISOPRAWSKI, Silvio V., Tratado de Fideicomiso, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2003

[5] GAMES, Luis M. - ESPARZA, Gustavo, Fideicomiso y Concursos, Buenos Aires, 1997.

[6] JOULIA, Emilio César, Consecuencias y camino ante la insolvencia del

patrimonio fiduciario, MJ-DOC-2024-AR | MJD2024

[7] GRAZIABILE, Darío J., Insolvencia y fideicomiso, Suplemento del 7-2-2005, en: LA LEY. REVISTA JURIDICA ARGENTINA, Volumen: 2005-A, 2005, Buenos Aires, La Ley- págs. 1363 a 1369.

[8] GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas, LA LEY 1995-E, 1226-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 299

[9] ORELLE, José María, El Fideicomiso en la ley 24.441, LA LEY 1995-B, 874- Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III, 647-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 317

[10] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El Fideicomiso en la dinámica mercantil, Abaco, Buenos Aires, 2004.

[11] FIGUEROA, TOMÁS ISE, Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos, LA LEY1999-A, 899

[12] ALTERINI, Jorge Horacio - ALTERINI, Ignacio Ezequiel, Pluralidad de regímenes del dominio fiduciario, LA LEY 26/05/2010, 1.

[13] ORELLE, José María, Op. Cit., 317

[14] CARREGAL, Mario A., Op. Cit., 1165

[15] ORELLE, José María, 317

[16] Ibidem

[17] ALTERINI, Jorge Horacio - ALTERINI, Ignacio Ezequiel, Op. Cit., 1.

[18] CARREGAL, Mario A., Op. Cit., 1165

[19] GOLDSCHMIDT, Roberto, Trust, fiducia y simulación, LA LEY 67, 777 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2009, 465

[20] ROSENFELD, L. Carlos, Antecedentes históricos del "Fideicomiso", LA LEY 1998-E, 1191

[21] CAMERINI, Marcelo A., El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero, LA LEY 2007-F, 998

[22] Ibidem

[23] CARREGAL, Mario Alberto, El fideicomiso, Universidad de Buenos Aires, 1982, p. 13.

[24] Cfr. LISOPRAWISKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, Suplemento del 4/08/2010, 1.

[25] LISOPRAWISKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, Suplemento del 4/08/2010, 1.

[26] ALEGRIA, Héctor, Diálogo de Economía y Derecho y Convergencias Culturales y Sociales en la Insolvencia, Acad. Nac. de Derecho 2007 (enero), 01/01/2007, 1 - LA LEY 2007-C, 900 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 1001

[27] ALEGRIA, Héctor, Op. Cit., 1

[28] Ibidem

[29] MAFFÍA, Osvaldo J., Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial, LA LEY1984-C, 775 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205

[30] Ibidem

[31] MACIEL, Hugo D., Op. Cit., 1280

[32] MAFFÍA, Osvaldo J., Op. Cit., 775

[33] FERNÁNDEZ, Raymundo L., La cesación de pagos en el Derecho argentino y universal: extractado del tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra, 1939, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, p. 31 n° 19

[34] ALEGRIA, Héctor, Op. Cit., 1

[35] Ibidem

[36] MAFFÍA, Osvaldo J., Op. Cit., 775

[37] Ibidem

- [38] MACIEL, Hugo D., Op. Cit., 1280
- [39] ALEGRIA, Héctor, Op. Cit., 1
- [40] MAFFÍA, Osvaldo J., Op. Cit., 775
- [41] ALEGRIA, Héctor, Op. Cit., 1
- [42] GAMES, Luis M. - ESPARZA, Gustavo, Op. Cit., p. 36 y ss.
- [43] KIPER, Claudio M. - LISOPRAWISKI, Silvio V., Tratado de ..., p. 437.
- [44] LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [45] ROUILLON, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522, 15° Ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, 178-181
- [46] HEREDIA, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, t. 2, Abaco, Buenos Aires, 2000, 529.
- [47] ROUILLON, Adolfo A. N., Op. Cit., 178-181
- [48] CNCom., Sala A, "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra promovido por Embal System S.R.L." (Exp. 68118 /2008), 03-04-09, La Ley Online AR /JUR /12009 /2009.
- [49] CNCom., Sala E, "Fideicomiso Ordinario Fidag s/ liquidación judicial", LA LEY 12/05/2011, 2, con nota de Claudio M. KIPER; Silvio Lisoprawski; LA LEY 2011-C, 211, con nota de Claudio M. KIPER; Silvio Lisoprawski. Cita online: AR /JUR /95437/2010
- [50] Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17, 12/09/2011, publicado en LA LEY 14/02/2012, 1, con nota de Claudio M. KIPER; Silvio LISOPRAWISKI. Cita Online: AR/JUR/86345/2011
- [51] Orden del Día núm. 666 de Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación. Según sumario: ley de financiamiento de la vivienda y la construcción. Implementación (13-PE-1994-) Dictamen de Mayoría. El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 1995, p. 751.
- [52] ORELLE, José María, Op. Cit., 874
- [53] JOULIA, Emilio César, Op. Cit., 1
- [54] LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.000, Tomo III, p. 333 y 334
- [55] LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [56] MACIEL, Hugo D., Op. Cit., 1280.
- [57] LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [58] Ibidem
- [59] LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [60] MACIEL, Hugo D., Op. Cit., 1
- [61] LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [62] ALEGRIA, Héctor, Op. Cit., 1
- [63] LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [64] MAFFÍA, Osvaldo J., ¿Por qué caducidad de los plazos en el concurso preventivo?, LA LEY1986-E, 895 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 1043
- [65] Ibidem
- [66] LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [67] Ibidem
- [68] TON, Walter Ruben, El Fideicomiso en insolvencia debe ser liquidado a través de la quiebra, http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/contratos/fideicomiso_insolvencia_debe_ser_liquidado_quiebra_ton.pdf (acceso el 28-V-2012).
- [69] LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [70] SODERO, Eduardo R., Sobre la responsabilidad científica del juez, en SANTIAGO, Alfonso (h) (dir.), La responsabilidad judicial y sus dimensiones, 2006, Buenos Aires, Hammurabi, t. II, p. 527

- [71] SAVIGNY, M. F. C. de, Sistema de Derecho Romano Actual, traducido del alemán por GUENOUX M. Ch., vertido al castellano por MESIA, Jacinto y POLEY, Manuel, con prólogo de DURAN Y BAS, Manuel, 1878, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, t. I, p. 150.
- [72] SODERO, Eduardo R., Op. Cit., 529
- [73] SODERO, Eduardo R., Op. Cit., 531-554
- [74] LISOPRAWISKI, Silvio, La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El "limbo" o la subsistencia "ultra vires", LA LEY2008-B, 912 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2009, 745 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2009, 751
- [75] FERRO, Carolina, Op. Cit., 1
- [76] FIGUEROA, TOMÁS ISE, Op. Cit., 899
- [77] Cfr. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El Fideicomiso en la dinámica mercantil, Abaco, Buenos Aires, 2004, 310 y ss.
- [78] LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [79] KIPER, Claudio M.; LISOPRAWISKI, Silvio, Liquidación judicial del fideicomiso en crisis. Un precedente emblemático, LA LEY 12/05/2011, 3
- [80] LISOPRAWISKI, Silvio, LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [81] FERRO, Carolina, Op. Cit., 1
- [82] Cfr. MAYER, Mariano, Insolvencia del fideicomiso ordinario. Régimen actual y modificaciones propuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista Argentina de Derecho Concursal, IJ-LXV-632, 22-08-2012
- [83] Publicados en el sitio oficial [http:// www.nuevocodigocivil.com /pdf / Fundamentos-del-Proyecto. pdf.](http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf) (acceso el 30-VII-2012)