

## Liquidación de patrimonios fideicomitidos conforme el nuevo Código Civil y Comercial Unificado

Marcelo Alejandro David

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

Desde el dictado de la Ley N° 24.441 -LEF en adelante- la doctrina ha mostrado su preocupación respecto de la falta de una debida y completa regulación positiva en los estados y procesos de liquidación de patrimonios fideicomitidos, tratando de cercar un tanto la más plena libertad contractual asentada en la autonomía de la voluntad de las partes otorgantes y adherentes a este tipo de estructuras negociales, con una tendencia a la aplicación de procesos ortodoxos normados.

Las pautas de saber si es obligatorio y cuando liquidar una estructura de negocios contractual desplegada en un patrimonio de afectación por separado ha generado sendas interpretaciones doctrinales y jurisdiccionales. El saber si la liquidación debe ser judicial o no, conocer quién debe afrontar esa responsabilidad de protagonizar el iter liquidativo, determinar las legitimaciones activas y pasivas, la publicidad, las pautas de preferencias/privilegios frente a recursos limitados en el escenario de múltiples interesados, sean estos partes en el contrato o terceros que posean un concreto interés contra el patrimonio de afectación, son y han sido los escenarios que han preocupado a la doctrina fiduciaria.

Hace más de 20 años que en argentina ha prevalecido en la praxis contractual y judicial la libertad contractual y por ende las liquidaciones se han dado en su mayoría fuera de los tribunales, pauta que entiendo ha crecido y se ha afianzado debido a la imposibilidad de aplicar lisa y llanamente la normativa falencial. Dejando asentado como premisa indudable que el fideicomiso se corresponde con un contrato plurilateral y no un sujeto de derecho -no obstante la forzada “personalidad fiscal” impuesta por la presión tributaria gobernante en el país a la fecha-.

No dejando de advertir que desde el dictado de la Ley N° 24.441 (promulgada el 9 de enero de 1995) el sistema de liquidación frente a la insuficiencia patrimonial establecido por los arts. 16[1] y 24 sentaba las bases de un deficiente régimen extrajudicial, que en principio se caracterizaba por la preminencia contractual, por su divorcio con la ley falimentaria excepto en lo que refiere al orden de los privilegios de esta ley, y por una ausencia casi absoluta en torno al régimen a aplicar. Todo ello ha dado lugar a críticas doctrinarias y a fallos incluso ambivalentes que no obstante la escasa cantidad de cuestiones judiciales conocidas, ha sabido a la fecha sortear tal deficiente modo de legislar el supuesto.

Kiper y Lisoprawski[2] en su tratado de fideicomiso han criticado este sistema originario de la Ley N° 24.441 al indicar que “la norma en cuestión anticipa una verdadera “caja de Pandora” cuyo contenido resulta difícil de revelar, por ahora”, sostenían. Advirtiendo que en un principio suponían el régimen de liquidación en caso de insuficiencia como extrajudicial, sin que por ello descartaran la instancia judicial “como vía inicial o como instancia ulterior”. Sosteniendo los autores citados en la misma obra, que frente a las circunstancias del conflicto concreto del fideicomiso en crisis se deberá hacer un esfuerzo de imaginación para la aplicación de remedios legales, en particular los de carácter procedimental (por ejemplo: normas del proceso verificadorio de la ley de concursos). Dejando expuesto que si no se aplican los principios de ordenamiento y protección que informan al régimen

falencial -más o menos liberal- u otro régimen de liquidación, que deba ser acatado por todos, no encontramos una conducta satisfactoria que nos conduzca a la intervención de la justicia u otro órgano de fiscalización confiable.

Resulta claro que la autocomposición de los conflictos fue la regla que se pusiera en práctica con la Ley N° 24.441 aún en situaciones de insuficiencia patrimonial, una suerte de perinola curativa encajada en la libertad por oposición a la ortodoxia falimentaria muchas veces destinada al fracaso en sus dilatados y magros resultados.

Compartimos con la mayoría de la doctrina[3] que el legislador desde el año 1994 en adelante ha signado una excepción al régimen concursal, que más allá de la carencia de personalidad, se asienta en el voluntarismo y la ingenuidad-hasta ahora con suerte- para encarrillar los esquemas liquidatorios de las fiducias. Compartiendo con parte de la doctrina que el fideicomiso tampoco puede presentarse en concurso preventivo, puesto que no obstante la ley solo prohíbe la quiebra, resulta claro que utiliza el concepto en un sentido genérico alegando al régimen falencial con las instituciones que componen la ley de concursos y quiebras. De los propios textos de la Ley N° 24.522 y sus sucesivas modificaciones, nada permite inferir lo contrario, ya que incluso esta última norma es especial y ulterior, y no obstante ello no ha previsto en sus arts. 2 inc. 1 y 2 nada al respecto (Ley N° 24.522). E incluso si tenemos en cuenta el principio de unicidad de la ley concursal, no podemos extirpar la quiebra y dejar viva la solución concursal, que como se sabe, en muchos supuestos se concatena con la quiebra misma -quiebra indirecta-.

Ahora no estamos de acuerdo con la doctrina que niega al fideicomiso como patrimonio de afectación generar un APE con sus acreedores[4] -aunque no goce de la posibilidad de homologarse art. 71 LCQ- en el supuesto mocionado. Ello toda vez que el APE puede o no someterse a su homologación judicial en los términos normados por el art. 69 de la Ley N° 24.522, no quitando la posibilidad el legislador a que el fiduciario pueda arribar a un APE con los acreedores del fideicomiso siendo el mismo válido entre las partes pero no susceptible de generar espectro vinculante respecto de los acreedores que no hubieran participado, ello por cuanto sí está vedado el APE como subtipo concursal, y por ende no puede el patrimonio fideicomitado pretender homologar APE alguno.

Debemos incluso resaltar que a la fecha no han transcurrido 30 años desde la regulación metódica de los negocios fiduciarios en la Argentina, plazo en base al cual la mayoría de los fideicomisos se han constituido, lo que sin dudas repercutirá a la fecha en la baja litigiosidad demostrada por los fideicomisos en los estrados judiciales, debiendo tener presente que 30 años es el tope máximo de plazo permitido para la vida y despliegue comercial de los patrimonio fideicomitados con las excepciones previstas en la ley y sostenidas por la reforma al derecho privado unificado. Cuestión que resulta omitida por la mayoría de los tratadistas pero que sin dudas entendemos un factor determinante en el aumento del número de liquidaciones por cumplimiento del plazo e imposibilidad legal de prorrogar los acuerdos fiduciarios, incluso advertir que es probable que las partes pretendan generar “nuevas” fiducias con los mismos bienes a los fines de simular diversos negocios que no serán más que continuaciones no permitidas por la ley.

En las jornadas de insolvencia de patrimonios fideicomitados desarrollada en el Colegio de Abogados de La Plata allá por noviembre de 2014[5], el propio Camarista Dr. Sosa Aubone se encargó de analizar las estadísticas sobre la judicialización de problemas relacionados con fideicomisos en el propio ámbito del Departamento Judicial de La Plata, pudiendo advertirse ese día en el auditorio la sorpresa respecto

de la novedad traída por el expositor citado, quien sostuvo que son casi exiguos los problemas judicializados en torno a los fideicomisos a la fecha en ese departamento judicial. Dicha pauta de escasa judicialización le viene dando la razón a letrados y doctrinarios que vienen defendiendo la no judicialización per se de las liquidaciones de este tipo de patrimonios de afectación.

El fideicomiso a través de las sucesivas propuestas de unificación y reformas del derecho privado nacional ha pretendido ser modificado, baste referir como los más recientes el Proyecto de la Comisión Federal de 1993, el Proyecto del Ejecutivo de 1993 y el Proyecto de 1998, los cual sin dudas son el fruto del trabajo de la doctrina para adaptar la legislación a los tiempos respectivos.

Hace ya unos años comenzó a regir en la República Argentina un nuevo Código Civil y Comercial Unificado, cuerpo normativo que tiene su base, con algunas reformas no menores, en el que denominaremos CCCN, el que fue redactado por una Comisión, integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, designada por decreto presidencial 191/2011. La Comisión, convocó a numerosos juristas y profesores a contribuir en la confección del Anteproyecto y luego modificado parcialmente por el Poder Ejecutivo.

En materia de fideicomiso ha sido el Dr. Claudio Kiper, quien mocionara la convocatoria a colaboradores y auspiciara el pedido de altas y reconocidas opiniones doctrinarias en materia de fideicomiso y proponer un texto, tarea a la que se agregó luego Martín Paolantonio quien hizo valiosas sugerencias en materia de fideicomiso financiero.

El grupo de trabajo conforme lo cuenta el propio Fernando Marquez entendió que el régimen actual del fideicomiso, regulado por la Ley N° 24.441 (Adla, LV-A, 296), con escasos 18 años de vigencia, no debía ser reformado de manera sustancial, pues, en general, se mostró eficiente en su aplicación por los operadores del derecho.

El Proyecto de 1998 también había tomado como base la Ley vigente, dándole una mejor sistematización, modificando o aclarando aspectos puntuales que habían sido motivo de discusiones desde el año 1995 -fecha de sanción del régimen del fideicomiso- hasta la presentación de aquel proyecto.

Fue por ello, cuenta uno de los participantes del proyecto en materia de fideicomiso, comentó que se trabajó “dentro de una directiva general que propuso seguir el texto del Proyecto de 1998 a fin de dar cierta uniformidad a los textos que propusiera cada grupo de trabajo, que adoptamos dicho Proyecto, introduciéndole los cambios que consideramos merecían realizarse. A ese fin consultamos las críticas realizadas por la doctrina al texto vigente y los problemas judiciales que ha generado su aplicación. En este camino, cursamos preguntas a reconocidos especialistas en la materia, quienes expresaron sus posiciones sobre las cuestiones planteadas[6] y se consultaron las principales resoluciones judiciales dictadas desde la vigencia de la figura. La Comisión reformadora nos hizo llegar sus posiciones sobre los aspectos que se proponía reformar. Realizada esta tarea llegamos a la conclusión que el régimen vigente no merece cambios profundos, pues se ha mostrado eficiente y no ha generado grandes problemas de interpretación y aplicación. Por ello propusimos mantener la sistematización y el texto del Proyecto de 1998, sin perjuicio de mejoras en aspectos de redacción que entendimos debían ser realizadas, y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcaron como necesarios”.

## II. Posturas doctrinarias desplegadas en torno a la liquidación de fideicomisos con recursos insuficientes [\[arriba\]](#)

### II.a.- Propuesta de “Mix” normativo

Diversas han sido las soluciones propuestas por la doctrina y los jueces, hasta incluso parte de la misma ha propuesto la aplicación por vía analógica de un “mix” normativo entre el sistema de liquidación societaria (arts. 101 sigtes. y ccdtes. LSC) y el proceso concursal, idea que en la pluma de Molina Sandoval[7] a mi criterio mezcla a falta de regulación, las normas para la liquidación de estructuras societarias comerciales in bonis, con el proceso concursal expresamente pensado para la colectividad de acreedores afectados por personas in malis. Pretendiendo enjugar procesos pensados para situaciones disímiles, como lo son las situaciones de disolución societaria que devienen en liquidaciones no insolventes, por cuanto de lo contrario la vía falencial y las responsabilidades en su caso resultarían las normas aplicables. Esta propuesta incluso ha sabido tener aplicación jurisprudencial en los últimos casos con difusión conocida en la materia[8].

### II.b.- Extrajudicialidad

Hay quienes incluso aún a la fecha sostienen que la liquidación de los patrimonios fideicomitidos deben seguir siendo extrajudiciales, marcando en dicha postura una crítica al sistema judicial en lo que respecta a la falta de especialización, a las demoras injustificadas, a los costos de la propia judicialización, entre otros de los puntos; y capitalizando para sí esta postura que a la fecha no son demasiadas las cuestiones que se han judicializado en torno a la liquidación de patrimonios de afectación en el marco negocial. Scoccia y Lombardi[9] compartiendo la postura de Games y Esparza[10] se inclinan aún con el dictado del nuevo código en sostener la no judicialización como regla de las liquidaciones; sostiene “...durante más de quince años desde la sanción de la ley no hemos tenido mayores casos jurisprudenciales donde se denuden problemas con la extinción de fideicomisos. Y los mismos destinatarios del sistema tampoco han entablado acciones alegando que se han violentado sus derechos comenzando con el derecho de defensa en juicio. Sin embargo, vemos que los procesos de liquidación judiciales -liquidaciones de condominios, sociedades de hecho y hasta las mismas quiebras- se eternizan a voluntad de las partes amparadas por una normativa procesal que las faculta a dilatar conforme sus intereses que no suelen ser muchas veces los de la mayoría. Es por estas cuestiones y por la experiencia fáctica, que nos inclinamos por la visión de la ley que introduce las pautas generales de liquidación para que las partes las diagramen en detalle, y ante la falta de ellas, el fiduciario deberá hacer cargo conforme su saber y entender. Aún en caso de querer acceder a la justicia para requerir mayor seguridad jurídica, el magistrado solo debería establecer las pautas del procedimiento o eventualmente designar un perito liquidador para que de acuerdo a sus pautas y en forma totalmente extrajudicial, cumpla el cometido por el cual ha sido elegido”.

### II.c.- Proceso “paraconcursal”

Junyent Bas[11] ha sostenido que la regulación de la Ley N° 24.441 “es de una pobreza llamativa, pues el precepto se limita a vedar la quiebra, nada predica de los remedios preventivos y parece realizar una opción por la vía extrajudicial realmente patética por las lagunas jurídicas que conducen a una suerte de perplejidades”. Adhiriendo el autor cordobés en inclinarse por aquel entonces en la aplicación analógica de aquellos principios que viabilicen la correcta tutela de los

acreedores del patrimonio fideicomitado, así como ubiquen a los derechos que le caben a los beneficiarios y eventualmente al fiduciante. Siendo incluso este autor quien ya introduce la necesaria distinción entre la liquidación de patrimonios suficientes y patrimonios afectados por insuficiencia patrimonial -quiebra económica como lo menciona expresamente en el trabajo citado-. Refiriendo que el legislador de la Ley N° 24.441 ha pretendido una “liquidación sin quiebra” y remarcando la inviabilidad de la mera “extrajudicialidad”, y observando el necesario respeto por la tutela jurisdiccional en torno a respetar la vigencia de los principios propios de la a) universalidad patrimonial y b) la colectividad de acreedores como presupuesto de distribución, que solo puede trasuntar por un proceso judicial “paraconcursal”.

#### *II.d.- Postura intermedia*

Márquez[12] sostiene que “el régimen vigente no merece cambios profundos, pues se ha mostrado eficiente y no ha generado grandes problemas de interpretación”. Mencionando el citado autor que en caso de insuficiencia del patrimonio, se delega la solución en las disposiciones contractuales y, en su defecto, dispone que procede la liquidación del patrimonio por vía judicial, fijando el procedimiento de la liquidación en base a las normas concursales, en cuanto sean pertinentes. En definitiva, se mantiene el fideicomiso fuera del régimen del concurso y la quiebra, siguiendo así la impronta de la Ley N° 24.441 (arts. 16 y 24), pero, como respuesta a las justificadas críticas de la doctrina, el art. 1687 del CCCN “da una solución intermedia entre el régimen de extrajudicialidad extrema actual y la incorporación lisa y llana del fideicomiso como patrimonio sujeto de concurso o quiebra”.

Pauta intermedia que también comparten Kiper y Lisoprawski al sostener que “Si bien hay quien hubiera preferido incorporar al fideicomiso lisa y llanamente al régimen de la LCyQ, opinamos que esa política no sería más conveniente a la luz de la experiencia habida”. Hay un dato refieren los autores que llama a la reflexión “apenas a fines del año 2010 se produjo el primer precedente jurisprudencial de la liquidación judicial de un fideicomiso, siendo que la Ley N° 24.441 es del año 1995. En casi quince años de vigencia y de desarrollo exponencial de la figura no hay evidencia que obligue a adoptar una política legislativa más radical que la propuesta en el proyecto. Aunque la experiencia jurisprudencial todavía es escasa, por ahora pudimos comprobar que la aplicación de este régimen intermedio en el ámbito de la Ley N° 24.441, sin recepción legislativa y solo impuesto por la vía de la aplicación analógica, parece ser dinámico y eficiente. Sin dudas esos antecedentes fueron debidamente merituados por los redactores. Por esas razones el paso que ideó el proyecto subsana el vacío existente en la ley vigente sin producir un cambio más radical que podría actuar en desfavor de la figura. Para no encorsetar el fideicomiso directamente dentro del régimen concursal, se buscó una solución más flexible que sea compatible con las características de multifuncionalidad de la figura, como continente o articulador de una variedad casi incontable de negocios. Vemos que la solución proyectada le da al juez la herramienta normativa de la LCyQ y a la vez la posibilidad de emplearla de acuerdo a la especial naturaleza del fideicomiso y a las circunstancias del caso concreto. Es un dato más a tener en cuenta a favor de la política legislativa elegida por los redactores”. Es importante la cita y la transcripción por cuanto tanto el Dr. Kiper como el Dr. Márquez han participado y colaborado en el proyecto de código, conforme el segundo de ellos expresamente lo hace público en el artículo tomado como fuente de su postura.

Pero a la fecha, el legislador sigue privando a los patrimonios fideicomitados de la posibilidad de concursarse, de apearse con efectos homologatorios o de quebrar; pero a partir del dictado del art. 1687 del Código Civil y Comercial Unificado -en

adelante CCCN- no obstante negar en forma rotunda la posibilidad de quebrar, frente a la insuficiencia de recursos suficientes como para atender a las obligaciones contraídas exige que a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario conforme pautas contractuales proceda su liquidación judicial en manos del juez competente, quien debe fijar procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras en lo pertinente.

Todo lo expuesto motiva el análisis de diversos supuestos:

#### a) Fideicomisos in bonis

Resulta claro que el legislador ha dejado de lado a los patrimonios fideicomitidos con buena salud económico financiera o carentes de obligaciones exigibles de la directa judicialización, o por decirlo de otro modo, cuando los patrimonios fideicomitido no sufran de insuficiencia o caracteres que determinen atisbos de insolvencia o la cesación de pagos propiamente dicha, los mismos podrán ser liquidados conforme las pautas contractuales previstas o por las que las partes otorgantes con anuencia necesaria del fiduciante se otorguen para dicho proceso. Desmitificando que lógicamente la liquidación no siempre tiene que darse en un escenario de insuficiencia patrimonial, el cumplimiento del objetivo o finalidad trazada, el cumplimiento del plazo, la renuncia del fiduciario no sustituido por otro, la decisión propia del fiduciante de no continuar, entre otros supuestos, representan en gran parte la mayor cantidad de liquidaciones de patrimonios fideicomitidos en nuestros días.

En los supuestos que denominamos genéricamente fideicomisos in bonis debemos entender y mocionar que la pauta de liquidación es extrajudicial y básicamente contractual o sostenida por la voluntad de las partes, sin dejar de advertir que en diversos supuestos también podrá devenir la judicialización, pero no ya como regla legal, sino frente a la imposibilidad de las partes de resolver por sí solas el iter liquidativo con las herramientas del contrato o con la anuencia de voluntades frente a la carencia de normas previas o por la renuncia o la interposición de acciones de responsabilidad contra el fiduciario lo que puede tornar dificultoso el camino extrajudicial.

#### b. Fideicomisos “in malis”

La nueva pauta legislativa habla de insuficiencia patrimonial sin demasiada precisión terminológica en materia económica financiera, pautando la mayoría de la doctrina que se trata de una definición que debe asimilarse a “cesación de pagos”. Pauta de la que no puede estar uno de acuerdo por los siguientes motivos: a) la insuficiencia en materia falencial no se identifica con la insolvencia, no advirtiendo utilidad doctrinal de forzar un escenario que pretende omitir la diferenciación conceptual; b) si no puede quebrar porque motivos queremos de todos modos tomar lo falencial in totum, cuando incluso la norma legislativa claramente habla de insuficiencia patrimonial a secas.

Insuficiencia sin dudas hace referencia a un estadio anterior al conocido y difundido estado de cesación de pagos -en su más desarrollada y última teoría concretada por la doctrina concursal-, dando muestras el legislador de su intención de que los problemas en los patrimonios fideicomitidos deben ser atendidos en forma previa a su agravamiento económico financiero. Tampoco está mal que la justicia tome participación cuando se comienzan a avizorar las posibles bases de una cesación de

pagos consolidada, las insuficiencias de recursos frente a las obligaciones en el corto plazo es una buena señal como para que los legitimados insten la aportación de rescate con recursos o comiencen a delinear un procedimiento de liquidación con la anuencia hoy de la justicia.

Notemos incluso que la insuficiencia a la que hace referencia el nuevo código se trata de una insuficiencia de “bienes fideicomitados”, y claramente sostener que eso es cesación de pagos es hacer decir a la norma lo que la norma no dice, aún conociendo claramente la normativa concursal a la que el legislador en el nuevo código entiende aplicable en lo pertinente. Debo también manifestar que la insuficiencia que debió ser receptada es la de recursos no la de bienes fideicomitados, por cuanto si los bienes fueran insuficientes, que impediría al fiduciario recurrir al crédito externo, a métodos de financiación contractualmente autorizados -hipotecas, prendas, bonos, obligaciones negociables, nuevos fiduciantes, inversores, etc.-, claramente no habría impedimento, incluso el propio artículo 1667 inc. B exige en el contrato la “determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso en su caso”; incluso el art. 1688 dispone que “el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario” -muchos menos de terceros inversores ajenos a la estructura de partes del fideicomiso-.

No compartimos por ende las posturas de los Dres. Junyent Bas, Molina Sandoval, Kiper y Lisoprawsky entre otros[13], quienes postulan que el concepto de insuficiencia patrimonial se identifique o asimile a la cesación de pagos. Por cuanto la insuficiencia patrimonial no activa la quiebra, sino un proceso judicial pertinente, y la pertinencia no contagia ni equipara la insuficiencia de recursos con la cesación de pagos, por cuanto hay muchas insuficiencias de recursos en sendos fideicomisos que en modo alguno se identifican con la doctrina de la cesación de pagos, entendiéndolo humildemente que dicho concepto es posterior. Que la insuficiencia de recursos si puede estar relacionada con la “crisis empresaria” propiamente dicha, pero esta última no siempre se identifica con la consolidada doctrina de la cesación de pagos, advirtiéndolo que si veo más emparentada la insuficiencia de recursos con las “dificultades económicas o financieras de carácter general” del art. 69 de la LCQ que con el propio estado de insolvencia. Y la disquisición doctrinal no es inocua, por cuanto aun no estando de acuerdo con el legislador entiendo que la activación de los remedios contractuales en su caso, o la judicialización en su fracaso deben activarse antes de operar la cesación de pagos.

Las dificultades económico/financieras juntas o por separado se dan siempre con insuficiencia de recursos y no siempre es necesario que devenga la tormenta de la cesación de pagos como para proceder a elegir un piloto o un paraguas. Por ende a mi criterio la insuficiencia patrimonial que debe entenderse de recursos no se identifica en todos los casos con la cesación de pagos, no siendo prudente la asimilación per se y en forma generalizada de dichos conceptos, so pena de identificar a la insuficiencia con la liquidación, lo que no siempre tiene que darse de ese modo. Desde la insuficiencia y hasta la cesación de pagos hay sendos parajes preventivos, de garantía, de reingeniería económico financiera que pueden permitir cambiar el no querido destino de la insolvencia y liquidación. Siempre deben los fiduciarios preparados, prudentes y decentes intentar con ayuda del contrato, de las partes y de los remedios preventivos tratar de evitar la liquidación fatal que se identifica con el incumplimiento total o parcial de las deudas contraídas por el fideicomiso.

Por ello estamos de acuerdo con Kiper y Lisoprawski quienes sostienen que el aporte de nuevos recursos por parte de los fiduciantes o los beneficiarios -y por que no de fideicomisarios o terceras personas- no debe entenderse como una medida excluyente para evitar la liquidación, porque “del juego negocial podrían surgir recursos o posibilidades provenientes de terceros que eviten la liquidación. Aún cuando la hipótesis no es sencilla y de difícil logro, quedaría la posibilidad de liquidar el fideicomiso extrajudicialmente por acuerdo entre todas las partes del contrato y la totalidad de los acreedores de la naturaleza que fueren. Por eso entendemos que lo previsto en el art. 1687 operaría cuando ya no existe otra salida de saneamiento o bien la liquidación con acuerdo unánime de todos los interesados no se produjo”[14].

Lo que nos permite sostener que con el nuevo texto legal normado por el art. 1687 del Código Civil y Comercial Unificado los fideicomisos con insuficiencia patrimonial pueden agotar en forma previa todos los recursos que el fiduciario, fiduciante, beneficiarios y fideicomisarios tengan a su alcance y sean estos contractuales o no contractuales a esa fecha -desde el rescate hasta el fondeo, desde el endeudamiento sin garantías hasta el otorgamiento de garantías sobre los propios bienes fideicomitados, incluso la incorporación de nuevas partes al contrato que permiten el ingreso de fondos-. Con ello queremos significar que siempre los operadores de los patrimonios fideicomitados podrán optar por evitar la liquidación judicial normada por el nuevo código, siendo esta la última ratio o en su caso la ratio necesaria frente a la falta de adopción por parte del fiduciario de medidas tendientes a evitar la insolvencia irreversible. Y si nos preguntará cuál será el límite hasta donde la justicia tenga en su caso que sofrenar su incursión, pudiendo ensayar como respuesta que el perjuicio a las partes o los terceros no sorteado o garantizado por el patrimonio fideicomitado, disparará sin dudas la liquidación judicial sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras en su andarivel de pertinencia a este tipo de contratos plurilaterales. La no administración o mala administración del fiduciario va a tener sin dudas importante incidencia en los procesos de judicialización de patrimonios fideicomitados, no solo en lo relativo a la manera de liquidarlo sino también en las acciones tendientes a responsabilizar civil y penalmente en su caso las malas gestiones.

Lo que permite incluso sostener que los esfuerzos de quienes sostienen la extrajudicialización extrema no son malos, pero debemos ser contestes con el hecho de que a la fecha sendos consumidores han adquirido derechos de departamentos al pozo en un fideicomiso y en muchas oportunidades solo se determina que no obstante haber cumplido su aporte se han encontrado con un “pozo” sin edificio construido, y a un fiduciario en fuga o removido por la falta o desaparición de los recursos. En dichos casos es muy difícil de sortear la hasta diría necesaria judicialización, ya sea para determinar las pautas de la liquidación o para controlar en su caso el o los convenios arribados para solucionar el conflicto de insuficiencia.

Y tampoco entiendo incorrecta la paraconcursabilidad, pero sí entiendo que debe representarse como la última ratio, puesto que para llegar a la liquidación por procedimiento de quiebra pertinente a este tipo de contratos, debemos haber al menos permitido la autocomposición del conflicto en la forma ya referida, por cuanto entender que cualquier insuficiencia dispara la judicialización es incorrecto y pernicioso. La reforma ha implementado una “paraconcursabilidad pertinente al negocio fiduciario”, por cuanto no ha querido remitir en un todo como expusiéramos al proceso falimentario.



Por ello no creemos que la reforma haya tomado un mal camino, no creemos que haya que quebrar a la fuerza el patrimonio de afectación de un contrato, a los efectos de no sumar más graves contradicciones al derecho concursal ya vapuleado por las últimas reformas. Tampoco entendemos que el legislador haya omitido la posibilidad de que los patrimonios fideicomitidos puedan adoptar todos los remedios preventivos que encuentre a su alcance, por cuanto la libertad contractual y la más absoluta posibilidad de componer entre las partes del contrato y los acreedores el patrimonio de afectación son autorizadas sin prohibiciones, claro que no podrá hacer uso de algunos beneficios legales de la ley concursal como lo es la imposición del acuerdo conforme el doble sistema de mayorías de la Ley N° 24522, pero ello es justo por la coherencia normativa del sistema y por la elección de un fideicomiso y no de una sociedad. Los riesgos en los negocios deben preverse incluso desde el momento de elegir la herramienta jurídica, y estas cuestiones son entre otras las que deben definir a los otorgantes con el debido asesoramiento si conviene un fideicomiso o una sociedad comercial.

Una vez más sostenemos que el legislador ha marcado un sendero delimitando que debe y que no judicializarse, al punto de refundar con fuerza la pauta contractual como primer norte del saneamiento de la insuficiencia patrimonial. Pauta contractual que requiere de mesurados contratos y de injerencia de especialistas a los efectos de insertar contractualmente remedios preventivos, que deberán ser agotados a los fines de recién sentir el pulso de la liquidación judicial. La versátil y protíca conformación que suelen adquirir los negocios fiduciarios, requieren de adecuaciones normativas que sin dudas se distancian de una aplicación lisa y llana de los modelos que imparte la tramitación de los procesos concursales en sí. Incluso las variables incontables de las fiducias aunadas a la autonomía de la voluntad requieren de un arquitecto conocedor y audaz en la tramitación de liquidación de patrimonios fideicomitidos in malis.

#### **Notas** [\[arriba\]](#)

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

ARTICULO 24. – Las normas a que se refiere el artículo precedente podrán prever:

- a) La transferencia del patrimonio fideicomitido 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 fideicomitidos hasta la extinción del fideicomiso;
- d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitido;

e) La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman; f) Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado. La asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes tenedores de títulos que representen como mínimo dos terceras partes del capital emitido y en circulación; podrá actuarse por representación con carta poder certificada por escribano público, autoridad judicial o banco; no es necesaria legalización.

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

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

[2] Kiper, Claudio M. y Lisoprawski Silvio V.; “Tratado de Fideicomiso”, Buenos Aires, 2012, tercera edición, Abeledo Perrot, Tomo II, pág. 614.

[3] Games, L.M.F. y Esparza G. A., “Fideicomisos y concursos”, Depalma, Buenos Aires, 1997, página 36, con reserva ven alguna posibilidad de concursamiento que no compartimos. Al igual que Vázquez, Gabriela; “El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2001-3, página 105.

[4] Kiper, Claudio M. y Lisoprawski Silvio V.; “Tratado de Fideicomiso”, ob. cit., Tomo II, página 617.

[5] Jornadas sobre “Fideicomiso e Insolvencia”, organizadas por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de La Plata, que contara con el auspicio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata y del Colegio de Magistrados de la Provincia de Buenos Aires. De la cual participaron los Dres. Junyent Bas, Francisco; Scoccia, Sebastian; David, Marcelo A; Garobbio, Carlos E.; Santi, Jorge; Ferrer, Patricia; FavierDubois (h), Eduardo; y Sosa Aubone, Ricardo. Desarrolladas en el CALP en día 17 de noviembre de 2014.

[6] Los aspectos que, en primera instancia se consultaron fueron: 1. ¿Es conveniente mantener la posibilidad de cuatro intervinientes (las partes; fiduciante y fiduciario; el beneficiario y el fideicomisario) o es preferible eliminar trabajar con tres figuras: fiduciante, fiduciario y beneficiario (transitorio o residual)? 2. ¿Es conveniente eliminar la remisión que hace la ley a las normas del dominio fiduciario y regular la propiedad fiduciaria dentro del régimen del fideicomiso? 3. ¿Es conveniente fijar una forma solemne al contrato de fideicomiso? 4. ¿Es conveniente exigir la registración del contrato en el Registro Público de Comercio? 5. ¿Es necesario aclarar que las universalidades pueden ser objeto de fideicomiso? 6. ¿Se debe prohibir expresamente que el fiduciario sea beneficiario y o fideicomisario? ¿En caso, se deben hacer excepciones a la regla cuando el propio beneficiario cuando es una entidad financiera autorizada? 7. ¿Se debe derogar la limitación a la cuantía indemnizatoria para el caso de daños causados por cosas riesgosas o viciosas e imposibilidad de aseguramiento? 8. ¿Se debe prohibir en forma expresa la cláusula de no enajenación en el fideicomiso? 9. ¿Debe derogarse la no concursabilidad del fideicomiso? 10. ¿Se debe modificar la legítima para favorecer el fideicomiso testamentario? 11. ¿Es necesario aclarar que puede haber fideicomiso de garantía?

[7] Molina Sandoval, Carlos A.; “El Fideicomiso en la dinámica mercantil”, Abaco,

- Buenos Aires, 2004, págs. 310 y ss. En el mismo sentido Ise Figueroa, Tomás, “Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos”, La Ley, 1999-A-899.
- [8] Kiper, Claudio M. Lisoprawski, Silvio V.; “Liquidación judicial de un fideicomiso inmobiliario”, Publicado en: LA LEY 14/02/2012, 5, LA LEY 2012-A , pág. 340. Fallo Comentado: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 17 ~ 2011-09-12 ~ Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial, Cita Online: AR/DOC/647/2012.
- [9] Scoccia, Sebastián y Lombardi, César Eduardo, “Derecho Procesal Comercial” obra colectiva dirigida por Graziabile Dario, Tomo II, Buenos Aires 2013, editorial Abeledo Perrot, págs. 1322 y ss.
- [10] Games, Luis M. y Esparza, Gustavo A., “Liquidación del patrimonio en fideicomiso” JA 1998 III.
- [11] Junyent Bas, Francisco A., “La “insuficiencia” del patrimonio fideicomitido a la luz del art. 16 de la Ley N° 24.441. El trámite liquidatorio ¿Un proceso “extrajudicial” o “paraconcursal”?, LLC 2004 (agosto), pág. 701, la ley online AR/DOC/2571/2014.
- [12] Márquez, José Fernando, “El fideicomiso en el Proyecto de Código”, La Ley 18/08/2012.
- [13] Junyent Bas, Francisco A., “La “insuficiencia” del patrimonio fideicomitido a la luz del art. 16 de la Ley N° 24.441. El trámite liquidatorio ¿Un proceso “extrajudicial” o “paraconcursal”?, LLC 2004 (agosto), pág. 701, la ley online AR/DOC/2571/2014. Molina Sandoval, Carlos; “Ley de Concursos comentada”, Editorial Abeledo Perrot y LexisNexis, Buenos Aires, págs. 293, 294 y 312.
- [14] Kiper Claudio M. y Lisoprawski Silvio V., “Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código”, Diario La Ley Lunes 29 de septiembre de 2014 pág. 2.