

## **Algunas cuestiones del fideicomiso para analizar en caso de insolvencia y frente a la Ley Concursal**

Giovana E. del C. Cristofaro

### **I. Introducción [\[arriba\]](#)**

Han transcurrido apenas 17 años desde el dictado de la Ley N° 24.441 que regula el fideicomiso en nuestro país, y la expansión que tuvo la figura en la práctica va mucho más allá de los fines que tuvieron en mira los legisladores al momento de su creación.

El fideicomiso se usa con los objetivos más diversos, es el modelo para múltiples objetos comerciales, no solo como financiamiento de la vivienda y la construcción, ha tapado vacíos legales posibilitando que el sujeto persona física separe parte de su patrimonio para emprendimientos particulares sin necesidad de asociarse en las formas típicas de la Ley N° 19.550, aunque también fue usado como alternativa asociativa, ha generado un sistema de garantía propio y efectivo, destrabando operaciones comerciales de todo tipo y rango, compra jugadores de fútbol, administra campos, compra acciones y genera negocios, soluciona crisis de entidades deportivas, etc. etc.

Si bien no tiene personería jurídica y solo se trata de un contrato<sup>[1]</sup>, el fideicomiso cuenta con personalidad fiscal y la legislación tributaria le otorga el carácter de sujeto de ciertos tributos del ordenamiento en virtud de atribuírsele la realización de hechos económicos alcanzados por distintos impuestos, al punto que en la actualidad debe tributar como si fuera una persona jurídica.

El objetivo de este trabajo, es resaltar algunas cuestiones dudosas que surgen del instituto bajo análisis a la luz de sus múltiples aplicaciones en la vida comercial, en relación a la normativa concursal que si resulta aplicable para el resto de los operadores comerciales.

### **II. Patrimonio de afectación [\[arriba\]](#)**

Resulta necesario comenzar con un repaso de las características del fideicomiso. El art. 1 de la Ley N° 24.441 define el instituto diciendo que: “Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

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

Para Kiper y Lisoprawsky, por definición, el fideicomiso es un contrato que genera un patrimonio separado o afecto, diverso al del patrimonio universal e incluso de otros patrimonios fiduciarios del mismo sujeto. El fiduciario tiene una sola personalidad (física o jurídica), y tendrá tantos patrimonios separados o afectos a una finalidad, como contratos

de fideicomiso suscriba, amén de su -único- patrimonio universal[2]. Los mismos autores enseñan que como efecto del contrato de fideicomiso, se produce una distorsión de la personalidad que convierte a ese sujeto de derecho en bifronte, es decir que en una de las caras posee su personalidad jurídica o física propia con su correspondiente patrimonio, y en la otra cara, la del fideicomiso, no hay una personalidad diferenciada, ni tampoco el fideicomiso la tiene (art. 33 Cód. Civ.), no obstante por fuerza de ley, inevitablemente gravita en él un centro de imputación de obligaciones generadas por la actuación del fiduciario.

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

### **III. Sistema particular de liquidación para el caso de insolvencia [\[arriba\]](#)**

Otra particularidad del fideicomiso es el sistema propio de liquidación establecido para el caso de insolvencia. El art. 16 de la Ley N° 24.441, refiere que “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra;...”

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

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

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

Es ahí donde comienzan a surgir las dudas y los problemas, ante el vacío legal imperante y lo mezquina que resultó la ley en el tratamiento de este tópico, normativa que poco resuelve en realidad, y deja todo muy librado a la voluntad del fiduciario. Pareciera que los legisladores no hubieran casi imaginado que el fideicomiso podría insolventarse, y solo

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

Ante un fideicomiso que tiene embargados sus bienes, ¿cómo puede hacer el fiduciario para vender y pagar?, deberá desinteresar primero al embargante, aunque no respete el orden de privilegios de la quiebra. ¿Quién determina cuáles son los acreedores a quienes debe pagar y cuáles no?, ¿y el monto y privilegio de las acreencias?. Para la ley parece que todo debe hacerlo el mismo sujeto, el fiduciario, que muy probablemente tuvo algo que ver en el estado de insolvencia en el que hoy se encuentra ese fideicomiso a su cargo.

Sigamos. No se estableció método alguno para anotar a todos los acreedores del proceso de liquidación del fideicomiso para que concurran a cobrar sus créditos. Es decir que puede darse el caso que solo llegaren a concurrir aquellos que sean efectivamente llamados por el fiduciario, y que falte alguno, y los que lleguen tarde, luego de la liquidación y pago, quedarían en “Pampa y la vía”, o con sendas acciones por iniciar y sin posibilidades serias de cobrar un chelín.

En caso de desacuerdo ante la existencia de un crédito, o el monto y graduación del mismo, ¿quién resuelve la diferencia es el mismo fiduciario o debemos acudir a un juez que ponga fin a la disputa?, y mientras tanto ¿como se frenan las ejecuciones individuales contra los bienes fideicomitidos?, seguramente los acreedores mas diligentes cobrarán primero aunque no tengan el privilegio para hacerlo o mejor dicho violando el sistema de privilegios de la ley de quiebras, que si resulta aplicable según el art.16, salvo que el fiduciario o el acreedor logren una medida de no innovar hasta tanto se resuelva la disputa. En este caso aquel sistema simple y privado de liquidación pensado por los legisladores, comienza a hacer aguas.

Ni que hablar si seguimos escudriñando las posibilidades prácticas que surgen ante el estado de insolvencia del fideicomiso. Por ejemplo el fiduciante podría establecer en el mismo contrato que si el patrimonio fideicomitido entra en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, el fiduciario esta obligado a procurar por todos los medios legales la solución de la crisis, incluso aplicando para ello los mecanismos o procedimientos de salvataje establecidos por la ley de concursos y quiebras, aun sin concursarlo. Es decir, buscar la opción de un acuerdo preventivo extrajudicial, o aplicar el procedimiento creado para el concurso preventivo de manera extrajudicial, o incluso judicial, pero llamándolo de un modo diferente “proceso de liquidación judicial”, y no concurso preventivo o APE, para no violar el art. 16 de la Ley N° 24.441.

Eso sí, no contará con las ventajas que la LCQ establece para los concursados, como ser la suspensión de los intereses de los créditos y de las ejecuciones individuales que agreden el patrimonio, y tampoco los acreedores accederán a la pars conditio creditorum, donde el sacrificio es soportado por todos en forma proporcional cobrando en moneda concursal, y sólo cobrarán los mejores privilegiados hasta donde alcancen los bienes, o los que primero ejecuten, como sostuve en el párrafo precedente. ¿Y los acreedores laborales? Bien gracias, que hagan fila, pues para ellos el pronto pago no existe, si esto es una liquidación privada

judicializada a pedido del fiduciante, o por voluntad del fiduciario, pero no un concurso preventivo.

Es decir que nada impide al fiduciante obligar por contrato al fiduciario a aplicar el mecanismo establecido para el concurso, aunque no sea un concurso, un concurso sin concurso, y llevarlo adelante. Y si no logra el acuerdo, podrá entonces liquidar como lo dice la ley de fideicomiso, vender y pagar, una quiebra sin quiebra, pero que seguramente dejará un saldo de bajas importante, pues la batalla concluye con la liquidación de los bienes y la entrega del resultado en pago a los acreedores, ¿a cuáles? a los que estén en ese momento y hasta donde alcance el producido de la liquidación.

De hecho hoy en los tribunales argentinos ya se han presentado casos de liquidaciones de fideicomisos que piden la participación judicial, ya sea por cuestiones de legalidad o para evitar posibles planteos de nulidad. Lo cierto es que los fiduciarios han solicitado que el procedimiento de liquidación se lleve a cabo judicialmente, lo que ha sido receptado favorablemente por los jueces[3].

Y otros jueces incluso fueron más allá, y ordenaron la aplicación analógica de las normas concursales y societarias que mejor se adecuan al fideicomiso[4].

Estos son solo algunos ejemplos de los problemas que surgen ante la carencia normativa en el caso de insolvencia del fideicomiso, y en nada agota las posibilidades y variables que pueden surgir. Es evidente que el sistema legislado para la insolvencia del fideicomiso es insuficiente y no resuelve el problema del instituto en el caso de crisis. La legislación debe ser actualizada.

No me detendré en el análisis de los dos proyectos de reforma legislativa existentes a la fecha porque excede el objetivo del presente trabajo, pero dejo aclarado que las modificaciones propuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011 integrada por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, el cual pareciera estar pronto a dar a luz el Congreso de la Nación, a mi criterio no soluciona el problema de la insolvencia del fideicomiso.

Por otra parte el Proyecto de Ley (S-1669/12), presentado por la Senadora Nacional Liliana T. Negre de Alonso en mesa de entradas del Senado de la Nación en fecha 05/06/12, y girado a la Comisión de Legislación General el 15 del mismo mes, propone en el artículo primero la modificación del art. 2 de la LCQ, agregándose un tercer inciso a fin que se consideran comprendidos como sujetos concursables: “3) Los fideicomisos no financieros sobre los bienes fideicomitados, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 16 y siguientes de la Ley N° 24.441.” Asimismo, en el artículo segundo del proyecto, se propone la modificación del art. 16 de la Ley N° 24.441, el que quedaría redactado de la siguiente manera: “Artículo 16.-Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones mencionadas anteriormente darán lugar al concurso preventivo o a la quiebra, cumplidas las condiciones y presupuestos establecidos en la Ley N° 24.522 y modificatorias.” Sobre este segundo proyecto de reforma legislativa por los motivos expuestos tampoco haré mayor hincapié, salvo opinar

que resulta a mi criterio más viable para solucionar el problema de la insolvencia del fideicomiso que el primero, pero lamentablemente dudo que supere el estado gestacional.

#### **IV. Fideicomiso de acciones frente a la LCQ [\[arriba\]](#)**

En este caso el fideicomiso es un instrumento apto para canalizar negocios en los que el objeto son participaciones societarias, es decir títulos accionarios regulados por la Ley de Sociedades, ya no sólo con finalidad de garantía. El fiduciario a quien se le transmite acciones deviene en socio con la finalidad que establezca el contrato de fideicomiso que lo instituye[5].

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

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

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

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

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

La primera respuesta es no, porque por imperio del art. 16 de la Ley N° 24.441, el fideicomiso no puede quebrar. Y nos encontramos entonces con un nuevo privilegio del fideicomiso, el cual a pesar de no tener personería jurídica se le permite ser socio de sociedades comerciales, y en ejercicio de sus derechos como socio bien podría incurrir en la causal de extensión de quiebra, pero no quebrará por extensión como podría ocurrir con el resto de los sujetos en iguales circunstancias, porque posee una armadura especial que lo protege de los embates de los acreedores llamada “Artículo16”.

Tamaño armadura también sirve para que los acreedores del fideicomiso, los beneficiarios y los fideicomisarios, en caso de resultado negativo en la liquidación del fideicomiso queden sin cobrar ni siquiera en moneda concursal, opción que si permite la ley de concursos, al no ser factible la quiebra del instituto, lo que vulnera el derecho de propiedad resguardado por el art. 17 de nuestra Carta Magna.

Los mismos sujetos además ven violentado su derecho de igualdad, pues no tienen el mismo derecho propio de cualquier acreedor a pedir la quiebra ante la cesación de pagos de su deudor, cuando el crédito proviene de un patrimonio fideicomitido, como si pueden hacerlo con cualquier otro deudor, lo que otorga al instituto un privilegio solapado más.

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

-----  
[1] Kiper, Claudio M - Lisoprawsky, Silvio V. "Tratado de Fideicomiso", Abeledo Perrot, 3ra. Ed., 2012, T.II, p.876.

[2] Kiper, Claudio M - Lisoprawsky, Silvio V. "Tratado de Fideicomiso", Abeledo Perrot, 3ra. Ed., 2012, T.I, p.59.

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

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

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