

El acuerdo de partes como vía alternativa a la liquidación del fideicomiso insolvente

Rafael Nicolás Bestani

1. Introducción a la cuestión bajo análisis [\[arriba\]](#)

Con la promulgación del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación[1] (en adelante, “CCyCN”), el contrato de fideicomiso pasó a integrarse como “Capítulo 30” dentro del Título IV “De los contratos en particular”, del Libro Tercero “Derechos Personales”. Por otro lado, en el Capítulo 31, se legisla el “Dominio Fiduciario”.

En materia de liquidación, el art. 1687 de dicho cuerpo normativo establece que la misma estará 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*. De esta manera, la regla pasa a ser un procedimiento liquidatorio judicial, teniendo el juez amplias facultades sobre la interpretación y la integración de la normativa aplicable.

Se modifica así la anterior fórmula legislativa[2], que estatuyó un régimen que reconocía mayor libertad a las partes del contrato para resolver una situación de insolvencia y, solo en caso de desacuerdo y falta de estipulación en contrario, era el fiduciario quien estaba a cargo de la eventual liquidación (extrajudicial) pues se presumía que, dado su rol protagónico en el negocio, se encontraba en mejores condiciones para llevarla a cabo.

No obstante el cambio diametral en la mecánica del sistema liquidativo, que con la sanción del CCyCN pasa a estar bajo la órbita judicial, y atento a los principios contractuales (no debe nunca perderse de vista la naturaleza contractual del fideicomiso), en principio, nada impide que las partes del contrato y los acreedores arriben a un acuerdo tendiente a sanear la situación patrimonial del fideicomiso, evitándose la liquidación judicial que, como es obvio, implicaría la frustración del negocio fiduciario.

Es así que en las siguientes líneas me propongo analizar algunos escenarios procesales posibles que, incluso con el pedido de liquidación judicial ya presentado, permitan un acuerdo entre las partes que concluya con la regularización de la situación patrimonial insolvente, readecuado el contrato.

2. Acuerdo con el acreedor en la etapa pre-liquidatoria [\[arriba\]](#)

La primera hipótesis que cabe analizar es la de un eventual avenimiento entre el acreedor peticionante de la apertura del proceso liquidatorio (ya presentada) y el fiduciario demandado, que permita al juez disponer la clausura del procedimiento. Dadas las amplias facultades conferidas al juez, este podría declarar la clausura del proceso liquidatorio si las partes actora y demandada convienen un modo de satisfacer el crédito del acreedor.

En ese sentido, se sostiene que una audiencia fijada de oficio o a pedido de partes es el momento oportuno para efectuar este tipo de planteos y para vislumbrar la posibilidad de encauzarlos fáctica y jurídicamente. El juez, como director del proceso, debe evaluar si el caso reúne las condiciones para dar curso a esta forma

de resolver el conflicto, lo cual implicará la modificación sustancial de la pretensión liquidatoria inicial (esto es, de litigio a una propuesta de acuerdo)[3].

Por mi parte, entiendo que el espíritu de la norma (art. 1687 CCyCN) insta a que las partes intenten solucionar de buena fe la situación de insolvencia. No se advierte inconvenientes en que el juez convoque a la vía conciliatoria indicada, al menos entre las partes del proceso.

Si esta renegociación se diera ya iniciado el proceso liquidatorio, constituiría una suerte de levantamiento sin trámite de la quiebra (similar al instituido en el art. 96 de la Ley de Concursos y Quiebras[4], en adelante, “LCyQ”). Las partes desistirían de proseguir con la liquidación; sin embargo, el acuerdo al que lleguen no podría ser homologado[5] y no sería oponible a terceros que no lo hayan suscripto.

Esta posibilidad, si bien deseable, sólo será posible en algunos casos, y aún más, la solución propuesta implicaría, de hecho, la inexistencia del presupuesto objetivo para la procedencia de la liquidación (en el supuesto de que el proceso hubiese continuado), ya que un fiduciario que se aviene a satisfacer al acreedor que instó del proceso liquidatorio, evidencia que el patrimonio fiduciario se encontraba *in bonis*, o, cuanto menos, que el “estado de cesación de pagos” de dicho patrimonio al momento de la apertura del proceso era seriamente discutible.

En definitiva, el fiduciario podrá renegociar con los acreedores, inclusive con el fiduciante y los beneficiarios, pues desde el mismo momento en que el art. 1687 del CCyCN autoriza -como medida sustitutiva de la liquidación judicial- que el fiduciario requiera *otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales*, no se observan obstáculos para que las partes del contrato puedan renegociar los términos del negocio, evitando la liquidación del fideicomiso, aunque solo con el alcance *inter partes* indicado.

3. Cláusula contractual que imponga una reestructuración del patrimonio fiduciario. Oponibilidad y alcance [\[arriba\]](#)

Como ya referí, conforme lo dispone el art. 1687, se procede a la liquidación judicial solo en caso de que *no se hayan previsto otros recursos* en el contrato de fideicomiso. Dicha interpretación se impone, a poco en que se repare que el tercer párrafo de la citada norma dispone que:

“[E]n tal supuesto -agrego: insuficiencia del patrimonio fideicomitado para hacer frente a sus obligaciones- 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 (...)”.

Se advierte que la lectura apresurada de la norma podría llevar a concluir que la liquidación extrajudicial de un fideicomiso ha quedado completamente vedada, torciendo la práctica imperante bajo la Ley N° 24.441[6]. Sin embargo, tal interpretación colisiona con la correcta inteligencia que cabe extraerse de su redacción.

La doctrina apunta a que la solución es lógica, y que no se trataría del único supuesto en el cual la insolvencia de un patrimonio escapa de la imperatividad de la LCyQ; en el sistema liquidativo extrajudicial previsto en la Ley General de Sociedades[7] está expresamente permitido que el liquidador acuerde con los acreedores la liquidación

de sus acreencias y posterior disolución de la persona jurídica, sin aludir la norma a la suficiencia o no de dicho patrimonio de afectación[8].

Kiper y Lisoprawski sostuvieron en su oportunidad que restringir la liquidación a un único medio -en aquel momento, la liquidación por el fiduciario, pues se encontraba vigente la Ley N° 24.441- es un despropósito, porque no siempre esa vía puede ser la más conveniente a los intereses en juego, inclinándose por sostener que podría atenuarse esa exigencia por vía convencional. Por otro lado, también debía tenerse en cuenta que la vía judicial resultaría ineludible cuando así lo dispusiere el propio contrato de fideicomiso[9].

3.1. El remedio contractual y su eficacia

Efectivamente, y más allá de la posible solución propuesta en el acápite anterior de este trabajo, siempre existe la posibilidad de que se establezca en una cláusula contractual un mecanismo de reestructuración de deudas para evitar la propia liquidación u obtener aportes adicionales en caso de insuficiencia patrimonial. Se podría prever también algún tipo de mejora en la garantía del patrimonio fideicomitado[10] como posible solución al estado de insuficiencia.

Bustamante destaca que, ante el pedido de liquidación del patrimonio fideicomitado efectuado por el fiduciario, el juez debe necesariamente evaluar las disposiciones contractuales acordadas al suscribirse el contrato de fideicomiso. Este, en muchos casos, suele establecer como requisito previo a requerir la liquidación judicial, que el fiduciario convoque a una asamblea de beneficiarios o fiduciantes a fin de hacerles conocer el estado del patrimonio y requerirles nuevos o mayores aportes[11].

Sostiene que en estos supuestos el juez no debería declarar la liquidación judicial del patrimonio sin verificar previamente el cumplimiento de estos requisitos, ya que el propio art. 1687 del CCyCN así lo establece. En caso de que el fiduciario no hubiera cumplimentado con ellos es razonable entender que el juez debería ordenar agotar la “vía contractual”.

Sin embargo, aclara que tal recaudo no debe confundirse con la supuesta necesidad del fiduciario de obtener la conformidad previa o posterior de los fiduciantes o beneficiarios del fideicomiso para requerir la liquidación judicial por él administrado, pues tales sujetos no constituyen un “órgano”, capaz de conformar voluntad social alguna. Por el contrario, existiría un interés jurídico en cabeza del fiduciario que habilita la jurisdicción, y -además- en caso de insolvencia, la liquidación judicial no causaría perjuicio a las restantes partes del contrato, sino que es de interés general que la liquidación se lleve adelante[12].

Por mi parte, sostengo que la hipotética conformación de la asamblea previa a la presentación del pedido liquidatorio, en caso de estipularse como obligatoria en el contrato, sí resultará obligatoria; no por constituir la misma un paso necesario para conformar alguna voluntad social, sino por el principio de fuerza vinculante emanado del art. 959 del CCyCN (al menos para los acreedores que forman parte del contrato), así como también, por el imperativo categórico del citado tercer párrafo del art. 1687, que ordena como paso previo a la admisibilidad de la liquidación judicial, a apelar a los resortes preventivos del contrato -en caso de existir-, conforme referí *supra*.

Los pronunciamientos jurisdiccionales, por su parte, parecen ir en ese sentido. En el fallo “Fideicomiso ‘Montevideo I’ o ‘Toulouse I’”[13] el juez actuante analiza, previo a otorgar la apertura del proceso liquidatorio, las cláusulas contractuales del siguiente modo:

“(…) es del supuesto de autos que el contrato de fideicomiso que nos ocupa no contiene pautas en cuanto al procedimiento a llevar a cabo en caso de extinción del fideicomiso (…) ni contempla remedios convencionales que eviten tan solución extrema, lo que da sustento a la petición sujeta a resolución judicial (…)”.

En concordancia con la conclusión anterior, Kees sostiene que sería válido que en el contrato se estipule que el deber de asistencia deba primero requerirse, por ejemplo, al fideicomisario, o que se establezca un orden de prelación: primero, requerir la asistencia al fideicomisario, y, en su defecto exigírselo al beneficiario, y sólo en ausencia de estos aportes recién procederá a su liquidación[14].

3.2. El límite al remedio contractual: la existencia de acreedores externos

Finalmente, he de destacar que el principal límite que puede encontrar la “vía contractual” será la existencia, al momento de la insolvencia, de *acreedores externos* que no forman parte del contrato de fideicomiso, con créditos impagos. Su existencia normalmente implicará el desplazamiento de las cláusulas contractuales que hayan previsto una liquidación convencional del fideicomiso.

En definitiva, el procedimiento de liquidación contractualmente previsto, aunque válido, no podrá ser opuesto a los acreedores del fideicomiso que no lo hayan aceptado expresamente, o que al menos no pueda desinteresarse de forma previa.

Esta conclusión también encuentra fundamento ineludible en el principio de efecto relativo de los contratos (*res inter alios acta*) que supone la inoponibilidad de dichas cláusulas a los acreedores externos que no fueron parte del acuerdo, todo lo cual no obsta que el fiduciario pueda intentar un avenimiento, en los términos expuestos en el punto anterior.

4. La llamada “asamblea de beneficiarios” [\[arriba\]](#)

Íntimamente relacionado con el punto anterior, la doctrina analizó el fenómeno de la asamblea de beneficiarios como ámbito de consulta y decisión en los fideicomisos ordinarios que se da en la práctica generalizada. Analizaremos en algunas breves líneas esta variante.

4.1. Aspectos generales

Se ha señalado que la naturaleza de esta “asamblea” no puede ser considerada una “sociedad”, porque no hay aportes a una actividad común con finalidad de lucro, ni tampoco se equipara a un mandato recíproco, porque entre los beneficiarios no se confieren representación alguna; pareciera más acertado hablar, en cambio, de una “comunidad de acreedores”, sin que la misma tenga capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, ya que la mentada “masa” no alcanza la categoría de sujeto de derecho[15].

Se trata entonces de una práctica efectuada bajo el abrigo de la libertad de estipulación, en un tipo contractual que se presta al empleo de modalidades tales

como la asamblea de beneficiarios, que acentúa la hibridez del fideicomiso como figura legal (que lo aproximaría a una “forma larvada” de sociedad, sin llegar a serlo)[16].

El principal efecto práctico que tienen estas asambleas es el de producir el desplazamiento del fiduciario que, por imperio de la ley, no puede desertar de su responsabilidad como tal. Opera como una hipotética asamblea de accionistas, y muchas veces su voluntad termina primando sobre la del fiduciario, siendo una especie de órgano sin personería que actúa como un poder supracontractual, con facultades para sustituir e incluso suplantar la voluntad de las partes (fiduciante-fiduciario), por más que haya sido su voluntad la existencia de la asamblea[17].

Como vimos, de forma previa a la liquidación, deben evaluarse las disposiciones contractuales acordadas. De existir la obligatoriedad de convocar una asamblea de beneficiarios o fiduciantes previas, nuevamente sostengo que el juez debería enviar a las partes a “agotar la vía contractual”.

4.2. Tratamiento jurisprudencial

En un precedente jurisprudencial, la Cámara Civil y Comercial de Tucumán, en ocasión de resolver sobre un pedido de convocatoria de asamblea judicial solicitada a fin de que “*se llame a fiduciantes, beneficiarios y/o fideicomisarios para que entre todos deliberen acerca del futuro de un fideicomiso inmobiliario*” cuyo proyecto se encontraba paralizado y habiéndose vencido el plazo de duración del mismo, se resolvió no hacer lugar a la apelación planteada, por no haberse acreditado intentar dicha convocatoria a través de los mecanismos contractuales previstos.

Para así decidir, sostuvo el tribunal que

“(…) si -los actores- estaban interesados en conocer el estado de la obra y su avance, (...) de eventuales problemas, (...) y adopción de decisiones necesarias, el contrato aludido preveía los recursos a tales efectos a través del pedido de informes al fiduciario (...) Y en este sentido es sabido que la instancia judicial se justifica cuando se agotó sin éxito la extrajudicial, ya que lo que corresponde en primer término es que las partes contratantes -en la especie un fideicomiso- resuelvan los conflictos internos por intermedio de sus órganos naturales o los recursos pactados voluntariamente entre ellas, y sólo acudan a la vía judicial luego de haber intentado aplicar las herramientas y soluciones estatutarias, lo que claramente no constituye un formalismo inútil ni atenta contra los principios generales del derecho como alegan los recurrentes”[18].

Sin embargo, y como vimos, tal mecanismo contractual no podría ser opuesto a los *acreedores externos* del fideicomiso que no hayan aceptado expresamente estas cláusulas[19], lo que evidentemente supone una importante limitación a la opción de la liquidación extrajudicial.

El Dictamen Fiscal producido en el marco del precedente jurisprudencial “Fideicomiso Estrella del Sur”[20] efectúa algunas reflexiones interesantes en relación a este instituto “paraconcursal”. Señala que el fiduciario no podrá escudarse ni diluir su deber imperativo alegando instrucciones de “Comités”, “Asambleas” u otra clase de escapatoria convencional.

Aun cuando obtenga aprobación de rendición de cuentas, de gestión, etc., entiende que no podrá oponerlas por la sencilla razón de que esos actos no tienen valor frente a una norma de orden público que le impone una conducta. Concluye el Fiscal arguyendo que, si bien no hay dudas que las reuniones de beneficiarios son útiles en muchas circunstancias que se presentan durante el desarrollo del fideicomiso, éstas no pueden convertirse en un poder supracontractual o supralegal que, sin sostén en una ley, le confiera el poder de desplazar la aplicación de una disposición imperativa.

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

Por mi parte, sostengo que, no obstante la evidente imperatividad de buena parte de la normativa que compone el orden público concursal, y atento a los principios contractuales (no debe nunca perderse de vista la naturaleza contractual del fideicomiso), nada impide que las partes del contrato y los acreedores se pongan de acuerdo respecto a la forma de llevar a cabo una liquidación extrajudicial una vez acaecido el estado de insolvencia, en la medida en que no se afecten derechos de terceros y teniendo en cuenta el principio de efecto relativo propio de la órbita contractual (art. 1021 y siguientes del CCyCN).

Por iguales fundamentos, resultaría válida y exigible como resorte previo a la sentencia de liquidación, la cláusula contractual que prevea otros recursos o instancias negociales entre las partes del contrato, de forma previa a proceder a su liquidación extrajudicial. Así, si el peticionante de la apertura del proceso ocupase alguna posición jurídica en el contrato de fideicomiso, no podrá darse trámite al pedido liquidatorio, ordenándosele en cambio instar la vía contractual previa.

Sin embargo, en ninguno de los supuestos se podría obligar a los acreedores que no formaron parte del acuerdo, lo cual constituye la principal diferencia entre esta vía contractual y el concurso preventivo. Si estos últimos no son antes desinteresados, el acuerdo con los acreedores que pacten con el fiduciario la satisfacción de sus deudas extrajudicialmente, se encontrará siempre expuesto a las acciones de ineficacia concursal (art. 118 y ccds., LCyQ) que podrán interponer los primeros, atento la imperatividad de la disposición contenida en el art. 1687 del CCyCN.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Ley N° 26.994, B.O. 8-oct-2014.

[2] Ley n.° 24.441, B.O. 16-ene-1995, llamada “Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”.

[3] Marengo, María V., “La liquidación judicial de fideicomisos. Innovaciones en el proceso y nuevos roles de dirección”, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 26-jul-2022, Cita on line: TR LA LEY AR/DOC/2161/2022, pág. 3.

[4] Ley N° 24.522, B.O. 09-ago-1995.

[5] No se trata aquí del “Acuerdo Preventivo Extrajudicial” del art. 69 LCyQ. Este último consiste en un convenio homologable entre el deudor y algunos de sus acreedores, o todos ellos, para intentar superar una grave crisis que afecta al primero, y que en la práctica se suele concretar ante la presencia de “dificultades económicas y financieras de carácter general”, según la fórmula introducida por la

citada ley. La doctrina mayoritaria niega al fideicomiso insolvente la posibilidad de acogerse a lo preceptuado por el art. 69 de la LCyQ, pues el mismo una vez homologado tiene los mismos efectos que el acuerdo preventivo y su incumplimiento también dará lugar a la declaración de quiebra, lo que se encuentra expresamente vedado en el fideicomiso. Véase: Alterini, Jorge H. (Director), Código Civil y Comercial comentado - Tratado exegético (2° ed.) -Tomo VII (arts. 1378 a 1707), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 821.

[6] Esta fue la primera ley que estatuyó un régimen integral de la figura del fideicomiso en el país. Establecía un régimen liquidatorio extrajudicial, a cargo del propio fiduciario. Lisoprawski apunta que esta ley tuvo en miras buscar que el fideicomiso, especialmente el destinado a las transacciones comerciales, se alejara de la rigidez y la lentitud que caracteriza a los concursos preventivos y las quiebras, debido a los avatares y contingencias propias de ese tipo de procesos. Ello, más allá de las grandes dificultades y problemáticas que tal régimen liquidatorio “privado” podía conllevar, que fueron tratadas a lo largo de los años en diversos precedentes jurisprudenciales. Véase: Lisoprawski, Silvio V. (Del Sel, Juan M. y González, Ángel M., colaboradores), Práctica del Fideicomiso. Problemas y Soluciones, 1a. Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, pág. 40.

[7] Ley N° 19.550, B.O. 30-mar.1984.

[8] Van Thienen sostiene que “[E]l art. 1687, Cód. Civ. y Com. ha buscado ordenar al mercado enviando un mensaje muy claro: regulen el proceso de liquidación dentro del contrato o quedarán sometidos por imperio de la ley al engorroso camino del proceso judicial de liquidación (...)” señalando los diversos inconvenientes que, entiendo, acarrea el proceso liquidatorio judicial (Van Thienen, “Liquidación...”).

[9] Kiper y Lisoprawski, Teoría y Práctica del Fideicomiso, Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1999, pág. 47.

[10] Cfr. Papa, Rodolfo G., Fideicomiso, II Ed., Colección Práctica Profesional Jurídica, Errelus, Buenos Aires, 2017. El autor cita a Malumian, Diplotti, y Gutierrez, quienes proponen como alternativas: el otorgamiento por un tercero de aval o fianza a favor del fideicomiso, o bien a los inversores directamente, la obligación del fiduciante de reembolsar cualquier crédito cedido que no haya sido pagado en tiempo y forma, la constitución de un fideicomiso de garantía incluyendo fondos o activos adicionales, y la reserva de fondos en efectivo, entre otros. (Cfr. Malumian, Nicolas, Diplotti, Adrián y Gutierrez, Pablo, “Fideicomiso y Securitización”, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 168).

[11] Bustamante, Eduardo, “La liquidación del patrimonio fideicomitado. Del texto legal a las soluciones jurisprudenciales”, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 02/12/2019, cita on line: AR/DOC/3444/2019, pág. 11.

[12] Idem, pág. 12.

[13] “Fideicomiso ´Montevideo I´ o ´Toulouse I´”, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 33°va Nominación, Con. Soc. 6-Sec., expediente n.° 6227484, 10-jul-2017, Ciudad de Córdoba, Argentina. Inédito.

[14] Véase: Kees, Milton H., Liquidación del fideicomiso insolvente, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, pág. 82-83.

[15] Véase: Lisoprawski, Silvio V. (Del Sel, Juan M. y González, Ángel M., colaboradores) Práctica del Fideicomiso. Problemas y Soluciones, 1a. Ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, pág. 58-59.

[16] El mismo autor ha tratado el fenómeno de “la asamblea de beneficiarios” en: Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V., “Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código”, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 29/09/2014, 1. Cita on line: AR/DOC/1199/2014.

[17] Lisoprawski, Práctica del Fideicomiso..., pág. 62.

[18] “Rey, Raúl Esteban y otra s/ Especiales (residual)”, Cámara Civil y Comercial

Común, Sala 1, Tucumán, expediente N° 3045/17, sent. n.° 391, 07-nov-2019, inédito.

[19] Lisoprawski, *Práctica del Fideicomiso...*, pág. 41.

[20] “Fideicomiso Estrella del Sur s/ Liquidación Judicial s/ Incidente art. 250”, CNCom., Sala D, expediente n.° 24334/2017/1/CA1, 25-sept-2018, inédito; cita on line: AR/JUR/95437/2010.