

Título:	<b>El concurso y el contrato de fideicomiso: la insolvencia del fideicomiso</b>		
Autor:	<u>Estévez Medawar, Franco</u>		
País:	 Argentina		
Publicación:	<u>Revista Argentina de Derecho Concursal</u> - Número 37 - Septiembre 2024		
Fecha:	17-09-2024	Cita:	IJ-V-DCCCLXXIII-566

## **El concurso y el contrato de fideicomiso: la insolvencia del fideicomiso**

Franco Estévez Medawar

### **I.- Introducción**

De manera liminar, antes de invitarlos a recorrer la presente exposición, destaco que esta abordará solo una ínfima parte de lo que gira alrededor del mundo concursal y del contrato de fideicomiso, y que contempla la situación que se presenta ante su insolvencia.

#### **I.- 1.- Sujetos concursables - Falta de personalidad jurídica del fideicomiso: regulación**

En relación con el punto en cuestión, resulta oportuno destacar que el artículo 2[1] de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante, Ley 24.522 o LCQ) expresamente establece quiénes son los sujetos susceptibles de concursamiento. De él se desprende que las personas jurídicas (entre otros sujetos y/o patrimonios que se mencionan en dicho artículo) se encuentran habilitadas para solicitar la apertura del proceso concursal tanto preventivo como liquidativo. Respecto a ello, es necesario traer a colación lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN), el que expresamente dispone: “Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

De lo expuesto, puede advertirse sin hesitación alguna que el fideicomiso no constituye una persona jurídica, puesto que —tal como lo estipula el artículo citado— el ordenamiento jurídico no lo dotó con una personalidad jurídica diferenciada. Por tal motivo, no es un sujeto susceptible de concursamiento.

Ahora bien, juguemos por un minuto en un escenario donde el brazo de la personalidad jurídica hubiese alcanzado a la figura del fideicomiso, tal como lo hizo con las sociedades, a través del artículo 2 de la Ley General de Sociedades (19.550),[2] el que las considera sujetos de derecho con personalidad jurídica diferenciada.

Continuando en este mundo quimérico, es cautivante imaginar qué pasaría si un día el legislador —conforme lo establecido en el art. 141 del CCCN— decidiera conferir personalidad jurídica a otras figuras contractuales, tales como el fideicomiso o la unión transitoria.

Así —puntalmente en el fideicomiso—, podría suceder que este sujeto de derecho nazca a partir de la firma del contrato de fideicomiso —al igual que en una SRL a partir de la suscripción del contrato social—, y que el órgano de administración y representación resulte ser el fiduciario, y el órgano de gobierno —el que se reúne en asamblea— esté conformado por los fiduciantes y beneficiarios y, en su caso, fideicomisarios.

En este marco, el fiduciario, a cargo del órgano de administración, obligaría al fideicomiso por todos aquellos actos que no sean notoriamente extraños a su objeto. Por otra parte, los acreedores del fideicomiso podrían plantear la inoponibilidad de la personalidad jurídica[3] en el caso de que logren acreditar que el fideicomiso fue constituido para violar la ley, el orden público y/o defraudar derechos de terceros, siendo, en este supuesto, los fiduciantes (y en su caso, beneficiarios y fideicomisarios) responsables solidaria e ilimitadamente.

En definitiva, el fideicomiso dotado de personalidad jurídica adquiriría derechos y contraería obligaciones, los que serían ejercidos a través de los órganos pertinentes.

En el contexto descrito, destacamos que, en caso de que se extinguiera el plazo de duración del fideicomiso, este entraría en estado de disolución y liquidación. O sea, no se extinguiría *ipso facto*, al igual que, por ejemplo, las sociedades no se extinguen automáticamente, sino que entran en estado de disolución y se liquidan a través de la realización del activo y la cancelación del pasivo.

Asimismo, en este plano fantasmagórico, sería un sujeto concursable conforme lo establecido en el artículo 2 de la LCQ, aplicándosele las normas del concurso preventivo y concurso liquidativo. De este modo, en caso de que el fideicomiso se viera en una situación de impotencia permanente, para hacer frente a las obligaciones exigibles –cesación de pagos–, podría solicitar la apertura de su concurso preventivo. En efecto, todos los acreedores quedarían sujetos a la carga de presentarse en el proceso concursal con el fin de obtener el reconocimiento de sus respectivas acreencias y, si los hubiere, privilegios.

Sin embargo, más allá de todo lo expuesto, y abandonando ese plano irreal, destacamos que, en la realidad jurídica actual, no es lo que acontece hasta el momento. Decimos “hasta el momento” porque quizás el legislador, en un tiempo determinado, decidiera conferir al fideicomiso personalidad jurídica y se estaría escribiendo desde otra perspectiva.

Así, con el telón de fondo de lo expuesto, redundamos intencionalmente en que el fideicomiso no es un sujeto de derecho con personalidad jurídica diferenciada –hasta el momento–, sino que está legislado a partir de un modelo contractual –art. 1666 del CCCN y siguientes– no unilateral. Para la existencia del contrato de fideicomiso, se requiere la concurrencia de dos sujetos: el fiduciante y el fiduciario. De este modo, destacamos –tal como lo explica la Dra. Aicega–[4] que el beneficiario y el fideicomisario son simples terceros interesados alcanzados por los efectos del contrato, por lo cual no resulta necesaria la concurrencia de su consentimiento para la conclusión del negocio[5].

Parafraseando lo manifestado, cabe redundar en que el fideicomiso no es un sujeto ni una persona, sino que es un contrato[6], mediante el cual se erige un patrimonio de afectación. Este patrimonio se genera como consecuencia del contrato, y siempre y cuando se realice la transmisión de los bienes[7][MM1] bajo la titularidad del fiduciario.

En definitiva, y por las razones expuestas, remarcamos que el fideicomiso no es un sujeto susceptible de solicitar la apertura de su concurso preventivo ni de peticionar su propia quiebra, debido a que no goza de personalidad jurídica diferenciada, como así tampoco la LQC contempla la posibilidad de concursamiento de dicho patrimonio de afectación, como sí lo hace con otros patrimonios, tal como el del fallecido –que ha dejado de ser un sujeto de

derecho— y puede ser sometido a concurso mientras se mantenga separado del patrimonio de sus sucesores.

## II.- Extinción del fideicomiso

A modo de preámbulo, y antes de sumergirnos en el análisis de la situación que se presenta ante la liquidación del fideicomiso, considero oportuno tratar —muy a vuelo de pájaro— su extinción.

En relación con ello, se destaca que el CCCN regula expresamente, en su artículo 1697,[8] las causales de extinción del contrato de fideicomiso, posibilitando a las partes, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad —conforme inc. C—, contemplar diversas causales de extinción en el contrato.[9]

Así, es dable destacar que la extinción del fideicomiso no se puede producir *ipso facto* o automáticamente, como así tampoco se produce la extinción inmediata de una sociedad, la cual sigue operando con su objeto limitado a los fines de la liquidación, dado que no puede desaparecer de manera fugaz o en cuestión de un instante un patrimonio de afectación que fue generando créditos y contrayendo deudas a lo largo de un determinado tiempo.

Debido a lo expuesto, el fiduciario es quien deber responder aun cuando se haya producido la extinción del contrato de fideicomiso.

## III.- Liquidación

En relación con el punto en cuestión, es necesario traer a colación lo dispuesto en el último párrafo del art. 1687 del CCCN, el que reza expresamente lo siguiente:

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 artículo citado plantea ciertos interrogantes, tales como (i) la susceptibilidad (o no) del fideicomiso de solicitar la apertura de su propio concurso preventivo, (ii) la aplicación de las normas de la LCQ en el proceso de liquidación del fideicomiso, entre otros.

### III.- 1.- La concursabilidad del fideicomiso

Bajo la lupa del artículo citado —y compartiendo la visión de la Dra. Aicega—, se advierte que solo menciona expresamente la exclusión de la quiebra (concurso liquidativo) sin referirse al concurso preventivo. Por lo tanto, se puede plantear el interrogante acerca de la concursabilidad (concurso preventivo) del fideicomiso.

En este contexto, resulta conveniente destacar que la doctrina no es unánime al respecto. Así, un sector, a la que adhiere Molina Sandoval[10], sostiene que el hecho de que el CCCN aluda a la liquidación no excluye la posibilidad de que el patrimonio fideicomitado se concurse

preventivamente. Dicho con otras palabras, si bien la ley consagra expresamente la imposibilidad de quebrar, no prohíbe otros mecanismos concursales, entre ellos, el concurso preventivo.

Asimismo, el citado autor sustenta su posición en lo dispuesto por el artículo 5 de la LCQ que admite el concurso de las personas en liquidación.

En el mismo andarivel, el Dr. Truffat[11] plantea el interrogante de por qué no podría concursarse el fiduciario solo con el patrimonio fideicomitido, sin que su patrimonio personal se vea involucrado en dicho concursamiento. Así, para responder a tal interrogante, explica, entre otras cuestiones, que el concurso preventivo del fideicomiso no está prohibido por la ley, así que, en principio, está permitido conforme al artículo 19 de la Constitución Nacional.

En tal horizonte, los Dres. Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I.[12] se inclinan en sostener que el patrimonio fideicomitido es susceptible de concursamiento fundándose, entre otras consideraciones, en el hecho de que el Código Civil y Comercial prohíbe la declaración de quiebra de dicho patrimonio, pero no veda la posibilidad de que el patrimonio fideicomitido se presente en concurso preventivo. Por lo tanto, siguiendo a esta corriente doctrinaria, el fideicomiso podría solicitar la apertura de su concurso preventivo.

Por otra parte, la corriente mayoritaria de la doctrina[13] y jurisprudencia[14] sostienen que el fideicomiso, al no hallarse sujeto al régimen de la ley concursal, no es susceptible de concursamiento. Uno de los fundamentos en que se apoyan –el que inviste toda lógica– es que el concurso preventivo puede derivar en determinados supuestos en un decreto de quiebra indirecta, por lo que se impone idéntica solución negativa[15] (prohibición de la declaración de quiebra).

En concordancia con ello, el principio de unicidad de la ley concursal impide extirpar la quiebra y dejar viva la solución concursal, que, como se sabe, en muchos supuestos se concatena con la quiebra misma –quiebra indirecta–[16]. En tal línea de pensamiento se encausan prestigiosos autores como Lisoprawski, Silvio V., Kiper, Claudio M., entre otros.

Así expuestas las dos corrientes doctrinarias, considero que el fideicomiso no es sujeto susceptible de solicitar la apertura de su concurso preventivo, principalmente porque no es sujeto de derecho con personalidad jurídica diferencial, además de que el ordenamiento jurídico no previó tal posibilidad, pudiendo haberlo hecho sin inconveniente alguno.

### III.- 2.- Aplicación de las normas de la LQC en el proceso de liquidación

Bajo el tema de análisis, considero oportuno destacar que la norma transcripta *ut supra* (art. 1687, CCCN) puede generar ciertos interrogantes, tales como si el juez debe (o no) aplicar irrestrictamente las normas de la LCQ en el proceso de liquidación del fideicomiso; si solo resultan de aplicación las normas procesales y/o sustanciales de la ley aludida; si resultan aplicables los principios imperantes en la legislación falencial, entre otros.

Dicho ello, parte de la doctrina[17] sostiene que los principios concursales pueden aplicarse sin inconveniente alguno a la liquidación del patrimonio del fideicomiso, lo que considero – a mi humilde entender– adecuado y necesario.

No existe impedimento en que sean aplicados con el fin de proteger los intereses de todas aquellas personas que tengan derecho de acreencia sobre el patrimonio fideicomitado. Así, por ejemplo —y compartiendo lo expuesto por el Dr. Bustamante—, me resulta extraño imaginar la exclusión del principio de igualdad entre los acreedores en la liquidación del patrimonio fideicomitado.

Por otra parte, resulta conveniente resaltar que, a raíz de la semejanza existente entre la liquidación del patrimonio fideicomitado con el concurso liquidativo, en donde se realiza el activo para cancelar el pasivo, las normas de este último resultarían las más idóneas (entre el amplio campo del mundo jurídico) para ser aplicadas al primero.

Sin perjuicio de ello, del artículo transcrito *in limine* surge diáfana que el juez no tiene la obligación de aplicar íntegramente las normas de la LCQ a la liquidación del patrimonio fideicomitado, dado que el fideicomiso no es un sujeto concursal, o sea, no fue incluido en el régimen de la ley concursal aun cuando se autorice la aplicación de sus disposiciones.

En concordancia con ello, el Dr. Lisoprawski, Silvio V.[18] explica que la voluntad del legislador resulta diáfana en no someter la liquidación del patrimonio fideicomitado a la LCQ lisa y llanamente, sino proveer a los jueces el marco de referencia de los principios generales de esa ley y las normas allí establecidas que entiendan pertinente aplicar.

En tal sentido, se destaca que el juez fijará el procedimiento de liquidación sobre las bases de las características que presente el patrimonio fideicomitado en particular. Así, podrá tener en cuenta la clase de fideicomiso de que se trate, los bienes involucrados, la cantidad de beneficiarios y acreedores involucrados, entre otros aspectos. Estas circunstancias serán parámetros para la definición del procedimiento que el juez aplicará para la liquidación.[19]

Más allá de ello, y a corolario de lo expuesto, considero que ciertas normas y principios del concurso liquidativo son de aplicación ineludible. Así, y en este orden de ideas, el hartamente citado doctrinario Dr. Lisoprawski[20] considera que el artículo 1687 del CCCN hace insoslayable la atención de los principios que animan la LCQ, en cuanto a que el legislador marcó expresamente esa ley como base.

En el marco descripto, y redundando intencionalmente lo manifestado, considero que normas y principios son de aplicación necesaria en la liquidación del fideicomiso, tal como la que dispone la publicación de edictos con el fin de que los acreedores tomen conocimiento de que determinado patrimonio fideicomitado va a entrar en estado de liquidación. Así, también, considero de imperiosa aplicación las siguientes:

- (i) la que obliga a los acreedores a presentar la verificación del crédito para determinar su causa y legitimidad;
- (ii) el efecto del desapoderamiento de los bienes fideicomitados con el objetivo de su liquidación;
- (iii) la autorización necesaria al fiduciario para salir del país;

(iv) la posibilidad de que los acreedores ejerzan un control (para su observación y/o impugnación) sobre los créditos de los demás acreedores;

(v) la confección de los informes individuales;

(vi) el principio de la igualdad de trato de todos los acreedores (*par condicio creditorum*);

(vii) el estado de cesación de pagos, o impotencia patrimonial, para hacer frente a las obligaciones del fideicomiso;

(viii) el deber de colaboración del fiduciario; entre otros.

A modo de sintética conclusión, considero que las normas regulatorias del concurso liquidativo, como así también sus principios, deben ser observadas por el juez, pudiendo apartarse de ellas ante dichas situaciones especiales cuando entiendan que no resultan de pertinente aplicación al caso concreto.

#### **IV.- Conclusión**

Con lo expuesto como telón de fondo, y antes de brindar someras conclusiones, se destaca que, a lo largo del presente ensayo, se intentó reflejar un mundo cautivamente –aunque quimérico– que despierta fantasías (por lo menos desde el plano personal), como es la situación del fideicomiso con personalidad jurídica diferenciada, y sus semejanzas con similares sujetos de derecho.

Efectuada dicha aclaración, y a modo de corolario, cabe destacar que, debido a los argumentos y análisis doctrinarios citados, se colige que el patrimonio fideicomitado no es un sujeto susceptible de concursarse preventivamente porque carece de personalidad jurídica diferencial –hasta el momento– y, además, porque el ordenamiento jurídico no previó tal posibilidad, pudiendo haberlo hecho sin inconveniente alguno.

Finalmente, no resulta ocioso redundar intencionalmente en que ciertas normas y principios de la legislación falencial resultan de aplicación necesaria e ineludible ante el supuesto de la liquidación de patrimonio fideicomitado, de los cuales los jueces solo pueden apartarse cuando fundadamente entiendan que no resultan de pertinente aplicación al caso concreto.

#### **Notas**

[1] ARTÍCULO 2°.- Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

Se consideran comprendidos:

1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los

sucesores.

2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país. No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nros. 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales.

[2] La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley.

[3] Artículo 144, CCCN: Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

[4] Aicega, M. Valentina. "Fideicomiso", en Tratado exegético –Código Civil y Comercial Comentado–, tomo VIII, 3ra ed., Buenos Aires, La Ley, 2019.

[5] Artículos 1671 y 1672 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[6] Lisoprawski, Silvio V. (4 de agosto de 2010). El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, 1, 1189, Enfoques 2010 (octubre), 82. Cita: TR LALEY AR/DOC/4781/2010.

[7] Favier Dubios, Eduardo M. Fideicomiso de planificación patrimonial sucesoria.

[8] ARTÍCULO 1697.- Causales. El fideicomiso se extingue por: a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se ha sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal; b) la revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esa facultad; la revocación no tiene efecto retroactivo; la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda; c) cualquier otra causal prevista en el contrato.

[9] Aicega, "Fideicomiso", op. cit.

[10] Molina Sandoval, Carlos A. (8 de julio de 2015). La liquidación del patrimonio fideicomitado en el nuevo Código, La Ley, 1212. Cita: TR LALEY AR/DOC/2035/2015.

[11] Truffat, E. Daniel. La conflictiva relación entre el fideicomiso y la cesación de pagos, RDCO, 256(319). Cita: TR LALEY AR/DOC/8310/2012.

[12] Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I. La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitado, RDCO, 296(643). Cita: TR LALEY AR/DOC/1394/2019.

[13] Heredia, Pablo. Tratado exegético de derecho concursal, Ley 24.522 y modificatorias, comentada, anotada y concordada, tomo I, artículo 1 a 40, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

[14] CNCom., sala A, 3 de abril de 2009, "Fideicomiso South Link Logistics s/ pedido de quiebra por Embal System SRL".

[15] Aicega, "Fideicomiso", op. cit.

[16] David, Marcelo A. Liquidación de patrimonios fideicomitados en el Código Civil y Comercial, RDCO, 275(1705). Cita: TR LALEY AR/DOC/5174/2015.

[17] Bustamante, Eduardo. (2 de diciembre de 2019). La liquidación del patrimonio del fideicomiso. Del texto legal a las soluciones jurisprudenciales, RDCO, 299(1477). Cita: AR/DOC/3444/2019.

[18] Lisoprawski, Liquidación judicial, op. cit.

[19] Lorenzetti, Ricardo Luis. Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo VIII, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, p. 228.

[20] Lisoprawski, Liquidación judicial, op. cit.