



LA SUSTENTABILIDAD LEGAL DEL FIDEICOMISO. CUESTIONES GENERALES Y EL CASO DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA FRENTE AL CONCURSO.

POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

1.-INTRODUCCION.

A partir de la sanción de la ley 24.441, a principios del año 1995, la Argentina cuenta con una regulación básicamente apta sobre el fideicomiso¹.

Dicha ley implicó la explícita introducción, no solo de una nueva figura obligacional: el fideicomiso, sino también de una nueva forma de propiedad que quiebra la relación clásica entre un sujeto y un patrimonio: la propiedad fiduciaria.

Ello en tanto permite crear una suerte de patrimonio de afectación, desvinculado de quien ejerce su titularidad.

Frente al nuevo instituto, la tarea de la doctrina, en el marco de una actitud positiva, aparece ordenada en dos direcciones.

Por un lado, procurar la amplia utilización del instituto en la vida comercial dada su marcada ventaja: permite aislar los riesgos propios de un negocio respecto de otros riesgos subjetivos de las partes (arrepentimiento, muerte, embargos, insolvencia, etc.).

¹ Ello, en tanto la mención del “dominio fiduciario” contenida en el art. 2662 del código civil de Velez Sarsfield, ante la falta de explicitación de sus alcances, nunca se consideró suficiente ni para reputar alterado el clásico principio de la unidad patrimonial ni para su instauración en la práctica en nuestro medio. Seguimos en los párrafos siguientes nuestro trabajo publicado en Perez Hualde, Fernando (Coordinador) “Derecho de los Contratos”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2008, pag. 393.



Por el otro, fijar los límites de tal utilización de modo de evitar fraudes o perjuicios a terceros.

Este trabajo, procurando atender principalmente a la segunda dirección, se propone considerar la cuestión de la “sustentabilidad legal”, esto es, la relativa a las condiciones y presupuestos que llevan a un fideicomiso determinado a pasar o no el test de su eventual impugnación judicial.

Para ello es necesario confrontar al fideicomiso con el resto del ordenamiento jurídico vigente, considerado éste como un sistema.

A tales fines prescindiremos de analizar la normativa legal sobre el instituto y el funcionamiento troncal previsto por la ley 24.441, respecto del cual remitimos al lector a las obras generales², para detenernos en algunas cuestiones puntuales que consideramos de interés.

2.-CARACTERISTICAS.

Creemos de utilidad destacar entre las características del fideicomiso algunas que se refieren a su sustentabilidad:

A. “Bifronte”.

El fideicomiso es bifronte en el sentido de que alude tanto a un contrato como una forma de propiedad.

El contrato de fideicomiso se perfecciona con las declaraciones de voluntad entre las partes por lo que es “consensual”.

La propiedad fiduciaria, en cambio, nace solo después de cumplida la transferencia de los bienes al fiduciario. Antes de ella es inoponible a terceros (art. 12 LF).

² Entre las obras generales que pueden consultarse cabe mencionar: Kiper-Lisoprawski “Tratado de Fideicomiso”, Bs.As.2004, Ed. Lexis Nexos; y Maury, Beatriz (dir) “Tratado Teórico Practico de Fideicomiso”, tomo 1, Bs.As.1999 y tomo 2, Bs.As.2004, Ed. Ad Hoc.



En el punto no compartimos un fallo reciente que, contrariando reiterada jurisprudencia anterior³, consideró suficiente y oponible frente a la quiebra la anotación de la cláusula de adquisición “en comisión para una sociedad que oportunamente aceptará la compra”⁴, a pesar de que el titular registral del dominio seguía siendo el comisionista al momento de la falencia.

Ahora bien, en caso de bienes registrables, la falta de inscripción no es invocable por las partes y terceros que participaron en el acto (publicidad cartular), máxime en obligaciones propter rem⁵.

B. “Alteridad”.

De los cuatro roles naturales del fideicomiso (fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario), hay solo dos necesarios como son el de fiduciante y fiduciario y entre ellos debe haber alteridad.

O sea no puede ser el mismo sujeto, ni dos sujetos aparentemente distintos pero que responden a una misma sustancia o cuya personalidad diversa pudiera ser allanada (art. 54, tercer párrafo, ley 19.550).

Tampoco podrá coincidir el fiduciario con el beneficiario dada la neutralidad que exige el rol del primero.

C. “Vehicularidad”.

El fideicomiso no es un negocio en sí mismo sino un vehículo neutro respecto de un negocio subyacente. Ello implica que no hay enriquecimiento o empobrecimiento patrimonial para las partes, lo que, en todo caso, resultará del otro negocio.

³ C.N.Com., Sala E, 15-4-88, “Argentaria S.A. c/Herrera Automotores”; Sala B, 24-8-90, “Pea, Horacio s/tercería en Tarantino c/Pea, Hector”

⁴ C.N.Com., Sala C, 22-2-05, “Kumvich, Anibal s/quiebra”, LL 1-4-05, p.7

⁵ C.N.Com., Sala C, 22-2-05 “Consorcio L.N.Alem 480 c/Bco.Medefin”, LL 5-4-05, p.6



En consecuencia, el fideicomiso no existe en función de sí mismo sino de otro contrato o relación comercial, por lo que el juzgamiento de cada contrato (en su onerosidad, licitud, etc.) deberá hacerse en base a esa finalidad.

Este carácter “vehicular” lo distingue de los negocios simulados ya que el fideicomiso se exterioriza como un verdadero instrumento y no oculta al negocio subyacente⁶ .

D. “Temporalidad”

El fideicomiso es un contrato que implica, supone y necesita, un tiempo para que el fiduciario ejercite su propiedad, y para que los beneficiarios la disfruten, antes de la transmisión al fideicomisario.

De ellos se sigue que el fideicomiso instantáneo no sea tal.

E. “Plasticidad”.

El fideicomiso admite la incorporación ulterior de fiduciarios, de beneficiarios y de fideicomisarios, pero ello siempre que en el contrato inicial se prevean y pauten detalladamente las condiciones y que no se vulneren los límites de la figura.

F. “Información”.

El carácter “fiduciario” del contrato denota la total falta de interés personal del fiduciario y califica su deber de cumplir adecuadamente la manda, para lo cual no solo debe rendir cuentas al beneficiario (art.7 L.F.) sino al propio fiduciante, interesado en tal cumplimiento, quien puede remover al fiduciario ante el incumplimiento (art.9, a, L.F.).

3.-LEGITIMACION Y CAPACIDAD PARA CONTRATAR CUANDO EL FIDUCIANTE ES UNA SOCIEDAD COMERCIAL Y EL ACTO COMPROMETE EL GIRO SOCIAL.



En materia societaria, como regla, los representantes obligan a la sociedad por todo acto que no sea notoriamente extraño al objeto social (art. 58 ley 19.550).

En el caso del fideicomiso en el cual una sociedad comercial transfiere bienes propios como fiduciante, debe medirse la entidad del acto respecto del patrimonio y del giro social para establecer si el mismo se encuentra dentro de las facultades de sus representantes o si, por tratarse de un acto de "administración extraordinaria", requiere aprobación de la asamblea extraordinaria o reunión de socios con facultades para reformar el contrato.

Al respecto, la doctrina y jurisprudencia son contestes, en el caso de sociedades anónimas, en negar facultades al directorio cuando se trata de actos de administración extraordinaria o que exceden el objeto de la sociedad⁷.

La cuestión se hace mas grave cuando se trata de actos de garantía absolutamente gratuitos, como sería el caso de un fideicomiso de garantía a favor de un tercero que, como tal, no sólo exceden notoriamente al objeto social sino también a la propia finalidad de la estructura societaria⁸.

Confirman tal línea jurisprudencial los fallos "Banco de la Nación Argentina s/ Inc.de verificación en Escape Metal S.A. s/ Concurso preventivo", de la Sala B, de la Cámara Comercial, del 30-09-05 y "Canteras Cerro Negro c/ El Abuelo S.A. s/ Inc. en quiebra", de la C.C.yCom. de Mar del Plata del 12-02-06, que sostienen la no verificación en el concurso de garantías gratuitas contrarias al objeto y al interés social.

En consecuencia, si la contratación de fideicomiso compromete gravemente el patrimonio social o constituye un acto gratuito, resulta indispensable la aprobación de una asamblea extraordinaria so pena de nulidad por falta de imputabilidad.

4.-EL REEMPLAZO DE OTROS NEGOCIOS PREVIAMENTE TIPIFICADOS POR LEY: EL CASO DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO DE GARANTIA.

⁶ Conf. C.N.Civil, C.N.Civil, Sala A, 9-3-05, "Pereyro c/Vilar", LL 27-6-05, p.4

⁷ C.N.Com., Sala B, 06-12-83, "Azopardo S.A. Cía Financiera c/ Márquez y Cía. Productora s/ Inc. de revisión"

⁸ Conf. C.N.Com., Sala B, 20-05-99, "MAP Manufactura Arg. de Pieles S.R.L. s/ Quiebra", E.D. 187-30; Juz. Com. 16, 03-09-03, "Havana S.A. s/ Conc. Prev." Errepar, DSE, Dic. 03, pág. 1299.



Las apuntadas ventajas y la plasticidad del fideicomiso han llevado a su utilización en reemplazo de negocios ya tipificados por la ley.

En el punto corresponde formular algunas precisiones.

Es admisible que una finalidad determinada (vgr. Garantizar una deuda) pueda lograrse tanto mediante un negocio tipificado (hipoteca, prenda), cuanto por medio de un fideicomiso (de garantía).

Lo que entendemos que no es posible es que un negocio determinado y tipificado por ley, con la presencia de determinados elementos concretos, pueda ser modificado en sus efectos mediante la "adaptación" de la figura del fideicomiso.

O, en otros términos, que el fideicomiso sea susceptible de ser modificado en sus elementos tipificantes para hacerlo coincidir con una figura tipificada.

Al respecto, existe en la práctica una figura contractual en la cuál, a los efectos de garantizar una deuda, el deudor transmite en propiedad fiduciaria un inmueble de su propiedad para que, en caso de no abonarse aquella a su vencimiento, el fiduciario venda el inmueble en forma privada y, con su producido, pague la deuda al beneficiario-acredor, entregando el eventual remanente al deudor-fiduciante ("fideicomiso inmobiliario de garantía).

En esos casos, además, el deudor-fiduciante, no obstante la transferencia del inmueble, mantiene su tenencia y explotación por vía de un "comodato" conferido por el fiduciario.

A nuestro juicio, en tales supuestos donde el deudor continúa explotando el inmueble en interés propio no se cumple ni con las reglas del comodato, ni con las de la tradición ni con las normas del fideicomiso.

En efecto, el supuesto "comodato" no es tal ya que no obstante no tener ni plazo ni "servicio" a cumplir por el comodatario, el comodante no podrá pedir la restitución en cualquier tiempo sino solo en caso de incumplimiento de la obligación principal, lo que contraría los arts. 2284 y 2285 del código civil.



Frente a ello, tampoco puede reputarse que hubo la tradición necesaria para transmitir el dominio al fiduciario ya que conforme con el art. 2378 del código civil no basta la mera manifestación de hacerlo para que funcione el constituto posesorio⁹.

Finalmente, tampoco se cumple con el art. 1º de la ley 24.441, que exige, por un lado, que sea el fiduciario y no el fiduciante quien “ejerza” la propiedad, o sea que sea el administrador del inmueble y, por otro, que tal ejercicio sea “en beneficio de quien se designe en el contrato”, o sea a favor del beneficiario-acreedor y no del fiduciante-deudor.

Ello se corrobora con los deberes del fiduciario de cumplir las obligaciones legales con la prudencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza (art. 6º), y de su obligación de rendir cuentas al beneficiario (art. 7º).

Tales deberes parten de la base de que es el fiduciario quien administra los bienes fideicomitidos (y no el fiduciante) y que lo hace a favor del beneficiario (y no en interés propio del fiduciante).

Por tales motivos, el contrato en cuestión es inválido como fideicomiso de garantía al no ajustarse a sus presupuestos legales.

Téngase en cuenta que, siendo el régimen de propiedad fiduciaria una excepción al régimen general de dominio del derecho argentino, no pueden extenderse sus efectos a situaciones diversas a las contempladas por el legislador como ocurre en el caso relatado¹⁰.

.
.

5.-EL REEMPLAZO DE CONTRATOS O REGLAS QUE TUTELAN A TERCEROS.

Una cuestión vinculada al tema anterior se refiere a los supuestos en los cuales el fideicomiso pretende reemplazar a una figura tipificada por la ley en protección de los terceros o a ciertas reglas del ordenamiento contractual que tienen la misma finalidad.

Un caso elocuente es el de la sociedad comercial (art. 1º ley 19.550).

⁹ Conf. Favier Dubois -pater- “Fideicomiso de garantía ¿si o no?”, en Errepar, DSE, nro.166, agosto 01, pag.142, nro.13.



Se trata de un ordenamiento que, a través de normas indisponibles en materia de pluralidad, formas, publicidad, contabilidad, objeto, capacidad, nulidad, etc., tutela al crédito en general y a la situación de socios, acreedores y herederos de socios, terceros contratantes, trabajadores y terceros en general.

Frente a ello, ¿podría hacerse un fideicomiso por el cuál uno o más fiduciantes aportarían fondos a un fiduciario para que éste emprendiera una “actividad” comercial por cierto tiempo, durante el cual les repartiría beneficios, para al final liquidar el patrimonio fideicomitado y transferirles el remanente?.

¿Podría hacerse soslayando todas las reglas de responsabilidad y de manejo del patrimonio en tutela de terceros ya que en el fideicomiso no hay quiebra por insolvencia ni límites a los repartos?.

Prestigiosa doctrina considera que es posible, sea por no estar prohibido o sea por tratarse de ley posterior que habría creado un nuevo ente jurídico contable.¹¹

Por nuestra parte entendemos que no.

El concepto de aporte para un fondo común con el cual realizar una actividad lucrativa para participar en los resultados es privativo del régimen societario (art. 1º ley 19.550).

Vale decir que, a nuestro juicio, si hay “aportes” para un “fondo común”, con el cual se desarrollará una “actividad lucrativa”, compartiendo la “suerte” entre los aportantes, se presentan los elementos del negocio societario y resultan insoslayables las reglas de la ley 19.550.

Diverso es el caso de aquellos emprendimientos que no implican “actividad”, en el sentido de repetición de actos sustancialmente iguales, sino la consecución de una “obra” única y concreta, los que están exentos de todo cuestionamiento.

¹⁰ Ver Favier Dubois (h), Eduardo M. “El fideicomiso inmobiliario de garantía y su validez frente a los concursos” en “Problemas y Cuestiones sobre los Concursos”, Vitolo-Pardini (Directores), Buenos Aires, 2006, Ed.Ad Hoc, pag.125.

¹¹ Ver Etcheverry, Raul Anibal “El fideicomiso como contrato asociativo”, en R.D.C.O, nro.199, Septiembre 02, pag. 517; Shekendemian, Lucas Federico “Fideicomisos societarios: ¿Abuso o tendencia?”, en IX Congreso Argentino de Derecho Societario, Univ.Nacional de Tucumán, 2004, t.3, pag. 273; Cash, Guillermo “El fideicomiso visto como alternativa a la sociedad comercial”, Errepar, DSE, nro.247, junio 08, t.XX, pag.516.



Otro caso está dado por las normas legales que, tanto en la hipoteca como en la prenda, impiden que el acreedor se apropie el bien dado en garantía en tutela del deudor y de los demás acreedores (art. 3222 del código civil).

¿Podría esto pactarse en un fideicomiso de garantía?

Entendemos que tampoco.

Es que, de lo contrario, todas las normas imperativas referidas pasarían a ser meramente dispositivas por la sola voluntad de las partes en violación de las tutelas legales, resultado que condena la interpretación.

6.-EL FIDEICOMISO DE GARANTIA. ALGUNAS CUESTIONES.

Una de las formas más frecuentes de utilización del fideicomiso es la "de garantía".¹²

En ella, una persona (fiduciante) transfiere bienes al fiduciario para garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de una obligación (propia o de un tercero), a favor de un acreedor (beneficiario), debiendo reintegrarse los bienes al titular original (fideicomisario) en caso de que se abone por separado la obligación principal, o de que, pagándose ésta con su producido, exista remanente.

Como se ve el fideicomiso de garantía admite dos variantes: en primer lugar una forma "propia", en la cual el deudor paga con otros fondos y solo en caso de incumplimiento se realizan los bienes fideicomitados (solo de garantía).

Y, en segundo término, una forma "impropia" en la cual los mismos bienes fideicomitados, o su producido, son utilizados para cancelar la deuda garantizada (de garantía y pago).

La utilidad de la figura no puede negarse ya que constituye una verdadera garantía "autoliquidable" en tanto el bien se realiza directamente por el fiduciario, sin intervención del deudor ni de los tribunales. Luego se paga al acreedor (beneficiario) y entrega el remanente al titular (fideicomisario), con ahorro de gastos y tiempo.

Sentado ello, las cuestiones más relevantes que el tema plantea son las siguientes:



A.-“Validez”.

Al respecto compartimos la doctrina mayoritaria a favor de su validez¹³.

Sin embargo, entendemos que esta forma de fideicomiso no vulnera el “numerus clausus” de las garantías reales mientras no pretenda reemplazar a la totalidad de los elementos de los negocios típicos (ver supra punto 4) y mientras respete las reglas de tutela del propio deudor y de terceros (ver punto 5).

B.-“Accesoriedad”.

Conforme pacífica doctrina el fideicomiso de garantía es accesorio de una obligación principal.

En consecuencia, el primero corre la suerte de la segunda de modo que no existiendo o habiéndose cancelado la obligación principal se extingue el fideicomiso¹⁴.

C.-La “especialidad”.

Siendo uno de los caracteres esenciales de las garantías reales en nuestro ordenamiento jurídico la especialidad, la cual se refiere tanto a la cosa gravada como al crédito garantizado, la misma debe jugar también en el fideicomiso de garantía.

Al respecto, y en lo que se refiere al crédito, la especialidad requiere que en el acto de constitución del gravamen se asiente la constancia de la causa, entidad y magnitud de la obligación garantizada. Ningún otro carácter ha sido considerado tan preponderante por el codificador como la especialidad, a punto tal que sanciona su defecto con la nulidad, la que

¹² Ver Perez Hualde, Fernando “El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la ley 24.441” en Maury, Beatriz (dir) “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso”, tomo 1, Bs.As.1999, pag.213 y Clusellas-Ormaechea “Contratos con garantía fiduciaria”, Bs.As., 2003, Ed. Abaco.

¹³ Ver Favier Dubois –pater-, E.M. “Fideicomiso de garantía ¿sí o no?”, Errepar, DSE, agosto 01, nro.165, pag.135.

¹⁴ conf. art. 1994 del Código Civil; Miguens, Héctor José “Fideicomiso y Concursos” en “Derecho Concursal”, Ed. Univ. Austral y Rubinzal Culzoni, Dir. Gómez Leo - Negrete, Sta. Fe 2002, pág. 370; Torres Caballo, Javier “Fideicomiso de garantía” en “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso”, Dir. B. Maury, Bs. As. 2004, Ed. Ad-Hoc, pág. 346; Clusellas - Ormaechea, “Contratos con garantía fiduciaria”, Bs. As. 2003, Ed. Abaco, pág. 142.



puede ser opuesta aun por el propio deudor (art. 3148 Cód. Civil). Esta nulidad es de carácter absoluto e inconfirmable¹⁵.

En la constitución de la garantía real, se debe precisar: a) el monto de gravamen, es decir, la medida en que la cosa va a responder por la deuda garantizada; y b) el crédito que se garantiza, individualizándose su causa fuente entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto); y c) el inmueble con cuya realización, en caso de incumplimiento del deudor, se satisfará el crédito¹⁶.

La especialidad está establecida no sólo en interés de los terceros, sino del propio deudor y en consideraciones de orden público¹⁷, por lo que, como se señaló, también debe regir en el fideicomiso de garantía.

D.-"No apropiación".

Las reglas mencionadas en el punto 4 llevan también a la prohibición de adjudicar derechamente al beneficiario los bienes en caso de incumplimiento (art.3222 cít.).

E.-"Notificación del deudor cedido".

Cuando lo transferido al fideicomiso es la cesión de créditos futuros: un flujo de fondos, que derivará de futuros contratos (vgr. Cobros de peaje de autopista a los usuarios), no existiendo deudores a la fecha de celebración, se plantea el problema de la notificación al deudor cedido para hacer oponible la cesión a los terceros (acreedores posteriores del fiduciante; arts. 1459 y 1464 del código civil).

El tema no tiene una clara solución teórica acudiéndose, en la práctica, a alternativas formas de anoticiamiento público.

¹⁵ Conf. Musto Néstor Jorge, "Derechos Reales", T. IV, pág. 41, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989.

¹⁶ conf. C.N.Civ., Sala J, "Verardo Alberto Ángel y otro c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ Nulidad del acto jurídico", 15.09.05

¹⁷ Conf. Salvat Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales", 5ª edic. actualizada por Argañarás Manuel, T. IV, pág. 122, Ed. Tea, Bs. As., 1962; Cossari - Vives, "La hipoteca dada por un tercero y los principios de accesoriadad y especialidad", L.L. Litoral, noviembre de 2003, pág. 1167.



7.-EL CONCURSO PREVENTIVO DEL FIDUCIANTE EN EL FIDEICOMISO DE GARANTIA.

Se trata de un tema muy proteico, aún en construcción por la doctrina y jurisprudencia, del que mencionaremos aquí algunos problemas¹⁸.

7.1.- LA CARGA DEL ACREEDOR- BENEFICIARIO DE VERIFICAR SU CRÉDITO.

7.1.1. ¿CARÁCTER OBLIGATORIO U OPTATIVO DE LA VERIFICACION?.

Por efecto de la "accesoriedad", como el fideicomiso de garantía sólo se justifica y tiene efectos mientras exista una obligación principal en el pasivo del deudor-fiduciante, resulta necesario que el acreedor (beneficiario) concurra al concurso de éste a verificar su crédito¹⁹

7.1.2. ¿VERIFICACION QUIROGRAFARIA, PRIVILEGIADA O "CON PREFERENCIA"?

A nuestro juicio, la verificación del acreedor-beneficiario en el concurso preventivo del deudor-fiduciante debe ser quirografaria.

No se desconoce calificada doctrina que entiende que se trata de una "preferencia" o ciertas prácticas que pretenden verificar el crédito con "privilegio".

Sin embargo, tales posturas no pueden ser aceptadas por las siguientes razones.

7.1.2.1. No existe una "preferencia" diversa a los privilegios.

¹⁸ ver también: Barreira Delfino, Eduardo A. "El fideicomiso de garantía y la ley de quiebras", ED, 3-5-06, pag.1; Raisberg, Claudia "El fideicomiso en garantía frente al concurso", LL 24-5-06, pag.1

¹⁹ conf. Carregal, Mario "El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía", LL año LXVIII, N° 35, rev. 19-02-04, pág. 1; Kelly, Julio "Fideicomiso de Garantía" en "Fideicomiso", Dir. Claudio Kipper, J.A. 6102, pág. 17/24; Lorenzetti, Ricardo Luis "Tratado de los Contratos", T. III, Ed. Rubinzal-Culzoni 2000, págs. 352/53; Esparza - Games, "El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra", E.D., año XXXIX, N° 10.368, rev. del 29-10-01, pág. 3; Graziabile, Dario J. "Insolvencia y fideicomiso", L.L., año LXIX, N° 26, rev. 07-02-05, pág. 2; Teplitzchi, Eduardo A. "La verificación del crédito con preferencia fiduciaria" en "Verificación de Créditos", Coord.. Arecha y otros, Bs. As., 2004, Ed. Ad-Hoc, pág.



La "preferencia", considerada como una categoría autónoma de los privilegios concursales, se encuentra expresamente vedada por el art. 239 de la ley 24.522, cuya sanción resulta posterior a la ley 24.441.

El citado art. 239 de la L.C.Q. dispone en su párrafo 1º que, existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo (Cap. I de los privilegios) y conforme a sus disposiciones.

En igual sentido, el art. 3876 del Código Civil establece, con relación a la fuente de los privilegios, que éstos no pueden resultar sino de una disposición de la ley.

7.1.2.2. Falta de la inclusión del fideicomiso como crédito privilegiado en la ley concursal:

El fideicomiso no se encuentra enumerado dentro del "numerus clausus" de los privilegios concursales, en tanto no se lo menciona en la enumeración taxativa del art. 241 de la ley 24.522.

Al respecto, ha dicho la doctrina que, en caso de duda sobre la existencia o extensión del privilegio, debe prevalecer una interpretación restrictiva, pues los privilegios constituyen una excepción a la regla general de la igualdad de los acreedores²⁰, máxime cuando nos encontremos frente a la hipótesis de la existencia o extensión del privilegio, toda vez que éstos no se extienden por analogía²¹.

Puede concluirse entonces, que todos los privilegios concursales deben encontrarse previstos en la ley concursal (art. 239 L.C.Q.) y aún de considerar que existen privilegios más allá de dicha normativa específica, no existe discrepancia doctrinaria acerca de que todos los privilegios son de fuente legal y, en el caso, no existe norma -concursal o no- que reconozca su existencia en cabeza del beneficiario de un fideicomiso de garantía²².

209; ver en contra Camerini, Marcelo "El contrato de fideicomiso de garantía y el concurso preventivo del fiduciante. El necesario camino de definir su alcance" en ED del 27-12-05, pag.1.

²⁰ conf. Rivera Julio C., "Instituciones de derecho concursal", T. II, 2ª edic., pág. 257, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003; Adrogué Manuel I., "La prelación de los créditos en materia concursal", pág. 14, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1976.

²¹ conf. Grispo Jorge D., "Tratado sobre la ley de concursos y quiebras", T. 6, pág. 80, Ed. Ad-Hoc., Bs. As., 2002.

²² conf. Favier Dubois Eduardo M. (p), "Fideicomiso de garantía ¿sí o no?", DSC N° 165, agosto 2001, pp. 135 y ss.



7.1.2.3.. No existe en el patrimonio del concursado ningún bien asiento del privilegio:

Los bienes fideicomitidos no están comprendidos en el principio de universalidad, toda vez que se encuentran fuera del patrimonio del deudor.

Como consecuencia de ello, el beneficiario de un fideicomiso de garantía no podría nunca ser un acreedor privilegiado especial, por cuanto los bienes fideicomitidos no pertenecen al patrimonio del concursado y su futuro ingreso a él es meramente eventual²³.

7.1.2.4. El derecho del beneficiario es un derecho personal contra el fiduciario y no contra el concursado:

Aunque la garantía del beneficiario pudiera parecerse a una hipoteca o prenda -según el caso-, ésta no confiere un derecho real a su favor sino personal²⁴.

A ello se agrega, que el derecho personal del acreedor beneficiario debe ser ejercido contra el fiduciario y no contra el concursado-fiduciante, lo que se asemeja a una garantía proveniente de un tercero, que como tal debe ser denunciada en su pedido de verificación, pero no verificada como un privilegio especial en el concurso²⁵.

Esto sin perjuicio de señalar que, a los fines de determinar la admisibilidad de un pedido de quiebra contra un fiduciante, se consideró que la existencia de un fideicomiso de garantía a favor del acreedor peticionante requería la previa demostración de su insuficiencia a efectos de satisfacer la exigencia del art.80, segundo párrafo, de la ley 24.522, que se refiere al privilegio especial, "por ser una garantía cuya ejecución permite al acreedor satisfacer su acreencia"²⁶

7.1.3.-¿VERIFICACION FIRME O CONDICIONAL? ¿VOTO?

²³ conf. Raisberg, op. cit., "¿Debe presentarse a verificar el beneficiario de un contrato de fideicomiso en garantía en el concurso del fiduciante?", en "Contrataciones Empresarias Modernas", Dir. Favier Dubois - Pérez Lozano, pág. 241, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2005.

²⁴ Iturbide Gabriela, "Naturaleza del derecho del acreedor en el fideicomiso en garantía", L.L. 01.02.05 pág. 3; Esparza - Games, "Fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra". E.D. 194-1014; Molina Sandoval Carlos; "Conclusiones", Comisión II de la XXV Jornadas Notariales Argentinas.

²⁵ conf. Raisberg Claudia, op. cit. pág. 241.

²⁶ C.N.Com., Sala C, 20-2-01, "Aqua King por Banco Rio de la Plata"



El hecho de que exista una garantía fiduciaria para la satisfacción de la obligación principal determina que el interés del acreedor-beneficiario se limite a aquello que exceda de tal garantía.

En consecuencia, corresponde que la verificación sea condicional, para el caso de insuficiencia de la garantía, sin derecho a voto.

Por el contrario, si la verificación se hace en firme, el acreedor vota y se somete voluntariamente tanto al resultado del concurso como a los efectos de la propuesta homologada, por la totalidad del crédito adeudado.

7.2.- REALIZACION POR EL FIDUCIARIO DEL BIEN FIDEICOMITIDO PENDIENTE LA VERIFICACION DEL CRÉDITO:

Como consecuencia de lo señalado en el punto anterior, no corresponde que, presentado el fiduciante deudor en concurso preventivo, el fiduciario realice el bien fideicomitido y pague al acreedor hasta tanto éste no verifique su crédito²⁷.

Es que es el juez del concurso quien debe constatar la existencia y el incumplimiento de la obligación garantizada, sin cuya intervención el fiduciario no tendrá título hábil para ejecutar el fideicomiso²⁸.

De lo contrario y además de la invalidez de la ejecución, el fiduciario no cumpliría con su diligencia de "buen hombre de negocios"²⁹ produciendo una elusión de la justicia que podría incentivar acciones revocatorias ante el abuso³⁰.

En el punto, cabe recordar que el fiduciario debe abstenerse de realizar los bienes cuando se le presenta una situación de duda³¹.

²⁷ conf. Graziabile, Dario J. "Insolvencia y fideicomiso", LL, año LXIX, N° 26, rev. 07-02-05, pag.2.

²⁸ conf. Boretto Mauricio, "Concurso, Fideicomiso de Garantía, Cesión de Créditos en Garantía y Descuento Bancario", Bs. As., 2005, Ed. Ah-Hoc, pág. 113.

²⁹ conf. Esparza - Games, "El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra", E.D., año XXXIX, N° 10.368, rev. del 29-10-01, pág. 2; Fernández Matías Ariel, "Fideicomiso de Garantía y Concurso preventivo" en "Conflictos actuales en sociedades y concursos", Dir. Arecha y otros, Bs. As., 2002, Ed. Ad-Hoc, pág. 405.

³⁰ conf. Maffia, Osvaldo "Verificación de créditos", Bs. As., 1999, Ed. Depalma, pág. 519.

³¹ conf. Clusellas - Ormaechea "Contratos con garantía fiduciaria", Bs. As., 2003, Ed. Ábaco, pág. 249



7.3.-FACULTADES DEL JUEZ CONCURSAL PARA SUSPENDER LA EJECUCION DEL FIDEICOMISO.

7.3.1.-LAS MEDIDAS CAUTELARES CONCURSALES PARA LA CONTINUIDAD EMPRESARIA.

Conforme enseña calificada doctrina, el proceso concursal desde su inicio (y en algunos casos en su etapa preliminar), admite el dictado de medidas cautelares que se ordenan a la conservación del patrimonio del deudor y de la igualdad de sus acreedores³².

Muchas de esas medidas han sido expresamente tipificadas por la ley, pero hay otras que, no obstante no hallarse expresamente previstas, han sido admitidas por la doctrina y jurisprudencia en base a las finalidades del proceso y a los poderes del juez concursal³³.

Al respecto, la posibilidad de afectar un fideicomiso de garantía para adecuarlo a la continuación de la empresa concursada ha sido receptada por la doctrina y la jurisprudencia.

En el punto, ha señalado calificada doctrina que la realización de un fideicomiso de garantía no puede contrariar el principio de continuación de la empresa hasta que se decida su suerte en el concurso preventivo³⁴, debiendo el juez adecuar la ejecución del fideicomiso a la necesaria continuación del giro empresario³⁵.

En el mismo sentido, la reunión del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina realizada en la sede de Buenos Aires el 30-9-04 concluyo por consenso que "el fideicomiso de garantía sobre el flujo de fondos futuros, constituido fuera del

³² conf. Favier Dubois (h), Eduardo M. "Las medidas cautelares concursales", en RDCO 1991-p.117; Junyent Bas - Musso, "Las medidas cautelares en los procesos concursales", Bs. As, 2005, Ed. Lexis Nexis, pág. 8; Kemelmajer de Carlucci, Aída "Cuestiones de competencia en las medidas urgentes en el concurso", Rev. D. Priv. y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002 - 3, Concursos, T. I, pág. 7; Hequera, Elena Beatriz "Las medidas cautelares en los procesos concursales", Errepar DSE, N° 192, nov. 03, T. XV pág. 1141.

³³ Junyent Bas - Musso, op. cit., pág. 113 y siguientes; Mauri, Mónica S. "El concurso preventivo y las medidas cautelares", en J.A., 2002- 4, fasc. 11, diciembre 11 de 2002, pág. 75.

³⁴ conf. Alegria, Héctor, "Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo", Sup. La Ley del 28-08-03, pág. 11; Tévez, Alejandra Noemí, "Suspensión preventiva de la ejecución del fideicomiso de garantía en caso de concurso preventivo del fiduciante" en "X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial", Córdoba, 2002, Ed. Fespresa, pág. 277.

³⁵ conf. Carregal, Mario "El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía", LL año LXVIII, N° 35, rev. 19-02-04, pág. 1.



período de sospecha, es oponible al concurso preventivo mientras no afecte los fondos necesarios para la prosecución de la empresa”³⁶.

A contrario, la afectación de tales fondos podría ser enervada por el juez concursal.

En cuanto a la jurisprudencia, y en lo relativo a cesiones de créditos, en el caso “Club Atlético San Lorenzo Asociación Civil s/ Concurso preventivo s/ Incidente de apelación”, además de afirmarse la carga de verificar, se señaló la existencia de serios cuestionamientos y que “la adopción de una solución contraria podría afectar sensiblemente la continuidad de la actividad de la deudora”³⁷.

Ya en materia de fideicomiso la jurisprudencia no es pacífica sobre el punto.

Inicialmente, la actitud fue de rechazo de la posibilidad de suspender la ejecución de un fideicomiso con el solo fundamento del concurso preventivo del deudor fiduciante.

Así lo declaró reiteradamente la Sala C de la Cámara Comercial de la Capital Federal, primero en el caso “Emprendimientos Hipotecarios S.A.”, del 16-6-00, sosteniendo la inaplicabilidad de la suspensión del art. 24 de la ley de concursos, prevista para la ejecución de garantías reales, respecto de un fideicomiso.

Y, luego, en el caso “Litoral Citrus S.A.” del 7-12-02, en un supuesto relativo a créditos presentes y futuros cedidos a un fideicomiso.

Sin embargo, con posterioridad, en el caso “Dinar Lineas Aereas S.A. s/ Concurso preventivo”, 09-08-02, el Juzgado N° 2 de Salta suspendió la ejecución de un fideicomiso de garantía que comprometía la continuidad de la empresa, incluso en la etapa de anteconcurso, por implicar “la retención de la totalidad de los fondos” lo que significaba el “bloqueo de la recaudación ordinaria de la empresa”³⁸.

Recientemente, en el caso “Kayders S.A. s/concurso preventivo”, la Sala E de la Cámara Comercial, en fecha 8-5-06, con fundamento en la facultad de dictar medidas genéricas del juez concursal, en los cuestionamientos de un fideicomiso de garantía sobre un campo, y

³⁶ ver Memoria UNA 2004.

³⁷ citado por Alegría, Héctor “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, Sup. La Ley del 28-08-03, pág. 12.

³⁸ LL, rev. 28-05-03, pág. 7.



en que la pérdida del bien implicaba inexorablemente la quiebra de la sociedad, suspendió la ejecución por noventa días “dentro de los cuales, en su caso, la concursada deberá promover las acciones autónomas que estime corresponder respecto de la regularidad del fideicomiso”³⁹.

En consecuencia, y más allá de la divergencia de soluciones, se va marcando una reciente línea jurisprudencial que admite la interferencia sobre el fideicomiso del juez concursal cuando se determina su incompatibilidad con la continuación de la empresa y con la solución preventiva.

7.3.2.-EL FUNDAMENTO DE LA SUSPENSION BASADO EN LA IGUALDAD.

Además, la suspensión de la ejecución del fideicomiso encuentra fundamento en la tutela de la igualdad de los acreedores.

Al respecto, toda la pacífica jurisprudencia del Fuero Comercial de la Capital⁴⁰, en una suerte de Plenario Virtual, impide al cesionario de créditos en garantía percibir su crédito hasta tanto se verifique en el concurso con fundamento en la tutela de la igualdad de los acreedores del art. 16 L.C.Q.⁴¹

³⁹ ver su publicación y comentario de Claudia Raisberg “Las medidas cautelares en el concurso preventivo y el fideicomiso de garantía” en ED, rev. Del 27-9-06.

⁴⁰ verla en Armando J. Isasmendi “El fideicomiso de garantía en el derecho nacional”, L.L., rev. del 28-05-03, pág. 7 y siguientes y en Tévez, Alejandra Noemí, “Suspensión preventiva de la ejecución del fideicomiso de garantía en caso de concurso preventivo del fiduciante” en “X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial”, Córdoba, 2002, Ed. Fespresa, pág. 281, nota 11.

⁴¹ SALA AUTOS FECHA

A	"Togs S.A. s/ Quiebra c/ Banco del Oeste s/ Ord." Íd. "Plásticos Silvatrim S.A."	18-12-86 28-02-97
B	"Pequeño Mundo S.R.L. s/ Conc. Prev. s/ Incidente de apelación"	15-09-00
C	"Hiper Médica S.A. c/ Banco Argenfé"	15-08-91
D	"Antonio Espósito S.A. s/ Conc. Prev. s/ Incidente de apelación por Banco Surinvest S.A." Íd. "Pantín S.A. s/ Concurso Preventivo"	09-10-01 27-03-02
E	"Lahusen y Cía. S.A. s/ Conc. Prev. s/ Incidente por Banco Sudameris"	15-12-86



Siendo ello así se señala que, conforme calificada doctrina, dicha jurisprudencia resulta plenamente aplicable al fideicomiso de garantía⁴².

7.4.-EL FRAUDE Y LA REVOCATORIA CONCURSAL EN CASO DE QUIEBRA INDIRECTA.

La ley 24.441 prevé como acción de los acreedores del fiduciario la vía de “la acción de fraude” (art.15), lo que alude en principio a la acción pauliana (arts.961 a 972 del código civil)⁴³.

Al respecto, la jurisprudencia ha aceptado la admisibilidad de una prohibición de innovar y contratar sobre bienes fideicomitidos por el fiduciario deudor ante la inminencia de una acción de fraude⁴⁴, como así, suspendida la ejecución de un fideicomiso de garantía, rechazó un pedido de sustitución de la medida por un embargo sobre fondos del acreedor en tanto éstos quedarían sujetos a embargo de sus propios acreedores⁴⁵.

Pero, además de la acción pauliana, la doctrina es conteste en admitir también la procedencia de la acción de revocatoria concursal del contrato de fideicomiso en caso de quiebra (arts. 118 y 119 de la ley 24.522)⁴⁶.

Ello, salvo el caso del fideicomiso en la liquidación de una entidad financiera, en el cual la Corte Suprema declaró inaplicable un instituto de derecho privado (la revocatoria concursal) en una materia de derecho público (la superintendencia bancaria), en el fallo “Banco Caseros S.A.”⁴⁷.

Admitida la acción revocatoria, se discute si la transmisión fiduciaria es a título gratuito, a título oneroso o a título “fiduciario”, como tercer género.

⁴² conf.. Alegría, Héctor, “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, Sup. La Ley del 28-08-03, pág. 11.

⁴³ ver Soler, Osvaldo y Carrica, Enrique “El fideicomiso y el fraude”, LL 18-4-00, p.1.

⁴⁴ C.N.Com., Sala D, 5-9-97, “Industrias de Maiz S.A. c/Alberio”.

⁴⁵ C.N.C.C.Fed., Sala I, 28-7-05, “Crivelli Construcciones S.A. c/Banco Hipotecario S.A.”.

⁴⁶ ver Fernandez, Matías Ariel “Fideicomiso de garantía y concurso preventivo” en “Conflictos actuales en sociedades y concursos”, Bs.As., 2002, ed. Ad Hoc, pag.407; conf.J.N.Com., Nro.2, Sec.4, “Cirlafin S.A. s/quiebra, 14-4-05l.

⁴⁷ 30-4-04, fallos 325:868.



Por nuestra parte pensamos que, por efecto del carácter vehicular del fideicomiso, solo cabe atender al carácter oneroso o gratuito del negocio subyacente.

En cuanto al conocimiento de la cesación de pagos, tal situación podrá configurarse tanto si ello ocurre respecto de la persona del fiduciario, cuanto si acontece con relación al beneficiario y/o fideicomisario que aprovecharán o recibirán los bienes en el futuro.

A esos fines deberán determinarse no solo si conocieron sino, en su defecto, si debieron conocer la cesación de pagos dadas sus calidades profesionales.

Finalmente, frente a una constitución de fideicomiso en período de sospecha, y en la medida en que exista verosimilitud del derecho respecto de una eventual acción revocatoria, en el concurso preventivo resultará procedente una medida cautelar por la cual el beneficiario-acreedor deba prestar, previo a la percepción de los créditos cedidos, garantía suficiente para la devolución de los importes en caso de decretarse la quiebra y acogerse una revocatoria concursal⁴⁸.

8.-SINTESIS CONCLUSIVA.

Al poco tiempo de la recepción del instituto del “fideicomiso” por parte de la ley 24.441 sostuvimos que la misma había sido razonable, pero que requería clarificaciones y precisiones por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Hoy podemos afirmar, a más de diez años de la incorporación legislativa del instituto, que mucho se ha avanzado.

No obstante, quedan aún terrenos por transitar en materia de sustentabilidad, sobre todo en el caso del fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante.

Por tales motivos, a modo de síntesis conclusiva y como un aporte a la seguridad jurídica de los fideicomisos que diariamente se celebran, sugerimos a los operadores jurídicos las siguientes reglas de sustentabilidad:

⁴⁸ conf. Favier Dubois (h), Eduardo M. “El fideicomiso de garantía sobre flujo de fondos frente al concurso preventivo: oponibilidad, verificación y resguardo”, en “Contratos Comerciales Modernos”, Bs.As., 2004, Ed. Ad Hoc, pag.205.



- 1.-No debe haber una vinculación entre fiduciante y fiduciario que posibilite una eventual desestimación de la personalidad entre ellos.
- 2.-El fiduciario no debe ser también beneficiario.
- 3.-Debe exteriorizarse el negocio subyacente y ser indudablemente lícito.
- 4.-No puede haber simultaneidad, absoluta o relativa, entre la constitución y el fin del fideicomiso.
- 5.-Si se trata de un fideicomiso "dinámico", que admite cambios o incorporaciones en los sujetos que cumplen los roles, ello debe estar perfectamente establecido al inicio.
- 6.-Debe preverse, reglamentarse y suministrarse información suficiente al fiduciante sobre el cumplimiento de la manda.
- 7.-Si la fiduciante es una sociedad comercial debe requerirse la aprobación del fideicomiso por una asamblea extraordinaria cuando se trata de una transferencia que compromete su giro social o es a título gratuito.
- 8.-No puede hacerse un fideicomiso para reemplazar a otro negocio tipificado por ley, con idénticos elementos, pero sí puede hacerse con su misma finalidad.
- 9.-No puede hacerse un fideicomiso de garantía sobre un inmueble en el cual éste quede fuera de la administración del fiduciario.
- 10.-No puede hacerse un fideicomiso para llevar adelante una "actividad" comercial, pero sí para emprender una obra determinada.
- 11.-En el fideicomiso de garantía debe cumplirse con la especialidad, determinando claramente los límites de la obligación garantizada, y no debe preverse la apropiación directa por el beneficiario en caso de incumplimiento.
- 12.-En el fideicomiso sobre flujo de fondos futuros debe preverse que el mismo no afectará el capital de trabajo necesario para el funcionamiento de la empresa y notificar su celebración a los futuros co-contratantes deudores y/o al público en general.

Libertad 567, 9°. C1012AAK
Capital Federal, Buenos Aires. Argentina.
(+54 11) 4382 0973
recepcion@favierduboisspagnolo.com
www.favierduboisspagnolo.com



FAVIER DUBOIS & SPAGNOLO
Abogados y Consultores

- 13.-En caso de concurso preventivo del fiduciante, en un fideicomiso de garantía, el acreedor beneficiario debe presentarse a verificar su crédito en forma quirografaria y condicional, absteniéndose de votar.
- 14.-En el mismo caso, el fiduciario no debe ejecutar la garantía hasta tanto el crédito esté verificado.
- 15.-Al aceptar un fideicomiso el fiduciario y, en su caso, el beneficiario y el fideicomisario, deben constatar que el fiduciante no se halla en insolvencia civil (pasivo superior al activo) ni comercial (cesación de pagos), acudiendo para ello a los medios disponibles a su alcance y a los que les exija su propia profesionalidad.