

CENTROS DE IMPUTACIÓN: EL FIDEICOMISO (técnica de patrimonialización). Donde se dialoga sobre el patrimonio afectado, los terceros y la liquidación¹.

Efraín Hugo RICHARD

Ese gallo era como una persona impaciente, una persona de las que vivían en la ciudad, de las que siempre estaban tan atareadas que nunca tenían tiempo de ocuparse de otra cosa que no fuera su propia prisa. No era como aquí en el pueblo, donde todo transcurría tan lentamente como la propia vida. ¿Por qué tenían que correr las personas cuando las plantas de las que se alimentaban crecían tan despacio?

HENNING MANKELL "La falsa pista", Maxi Tusquets Editores, Buenos Aires 5ª Ed. 2010, pág.13.

Sumario: I - LOS RECURSOS TECNICOS DE IMPUTACION. PATRIMONIO-AFECTACIÓN. FIDEICOMISO II – SOBRE EL FIDEICOMISO Y LA FUNDACIÓN. III - LA FINALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD. IV - LOS TERCEROS Y EL FIDEICOMISO. V – LA LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO. ¿INSOLVENCIA? VI – ALGUNAS CONCLUSIONES.

I - LOS RECURSOS TECNICOS DE IMPUTACION. PATRIMONIO-AFECTACIÓN. FIDEICOMISO

El sistema jurídico ha sido construido centralmente a través de normas para el negocio jurídico bilateral. Dentro de ese sistema aparecieron desestructurada y aluvionalmente normas tendientes a reconocer efectos a la declaración unilateral de voluntad, las modificaciones a las relaciones patrimoniales y de la propiedad, a través de peculios, dominio imperfecto, y más contemporáneamente otras modalidades de organización como la sociedad persona jurídica²,

¹ Publicado en "El Fideicomiso en las Sociedades y los Concursos", Ed. Legis, Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires 2011, AAVV, pág. 109.

² Sociedad en sentido estricto y no lato, cfme. nto. "Las relaciones de organización – El sistema jurídico del Derecho Privado", 2ª Edición, Advocatus, Córdoba 2002.

fundaciones, patrimonios especiales y de afectación, leasing, empresa, fondos³, etc., de los que la realidad da cuenta todos los días.

Es lo que hemos dado en llamar “relaciones de organización”.

Dentro de ellas y específicamente de patrimonios especiales se ha legislado sobre el fideicomiso (Ley 24.441), generando así un centro imputativo de relaciones jurídicas por una técnica distinta de la personificación⁴.

Ambas, personificar y patrimonializar, son técnicas jurídicas creadas por el legislador⁵ para que la iniciativa, grupal o individual, pueda generar centros de imputación propios de las relaciones de organización, para simplificar relaciones –tanto activas como pasivas- en relación a un patrimonio afectado a un fin.

Cabe advertir los cambios que se formalizan en ese campo. Las relaciones de organización vienen invadiendo un sistema creado bajo las relaciones de cambio. Los acreedores de un contrato bilateral, se vuelven partícipes de una relación de fideicomiso de garantía, ingresando en una relación plurilateral, con normas que imponen actos colectivos colegiales; los centros de imputación antes reservados a la personalidad jurídica, ahora se multiplican con subordinación –en caso de aportes, ciertas deudas, extensión de quiebra, etc., patrimonialización– en fideicomisos, sociedad unipersonal, sociedades de cómodo, etc.-, y porque no refiriéndose a bonistas, obligacionistas, debenturistas, con esas reuniones colegiales colectivas para adoptar “acuerdos” por mayoría.

1. La universalidad de hecho, se distingue de la universalidad jurídica en que sólo comprende una masa de bienes destinados a un fin económico, en cambio la universalidad jurídica es, sobre todo, un conjunto de derechos y obligaciones imputables a la persona. Deviene de esta constatación la “Teoría moderna del patrimonio-afectación”⁶, sobre la que se expresa “Esta teoría contempla la posibilidad de que existan varias masas independientes de bienes, cuyo común denominador y caracteres distintos a la vez, sean su destino en vista de la obtención de ciertos fines económicos-jurídicos. El patrimonio ha sido conceptualizado tomando en cuenta el

³ Vinculado con el sistema de patrimonialización, pero destacando que se encuentra unido más a un contrato fiduciario que a un fideicomiso, en el X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, trabajamos junto con Jorge Fushimi mediante una comunicación sobre *PATRIMONIOS DE AFECTACIÓN PARA FINES ESPECÍFICOS sobre “NEGOCIOS EN PARTICIPACIÓN GESTADOS POR SOCIEDAD ANÓNIMA COMO FORMA DE FINANCIAMIENTO DE NEGOCIOS ESPECÍFICOS”*, sosteniendo así en el 2007 que “Frente a expectativas generadas por la reforma italiana en torno al financiamiento de sociedades por acciones deseamos hacer un paralelo con similares posibilidades en el sistema asociativo nacional actual. Las sociedades anónimas pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultados del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso. Esa modalidad no genera especiales problemas impositivos o contables, en cuanto se realicen en forma transparente, lo que no implica que sea ostensible para evitar responsabilidad del partícipe, y no es afectada por el concurso del gestor. - Posteriormente trabajó sobre el punto Héctor Alegría en el libro colectivo “Tratado de la Empresa”, ed. Abeledo Perrot, tomo I Buenos Aires 2009, a pág. 3 y ss., haciéndolo a pág. 27 interesándose sobre “que se la ha utilizado como manero de apoyo a empresas en crisis, a los fines de su recuperación”, para recalcar luego sobre el tema de este apartado “Patrimonio destinado a un específico negocio y financiamiento destinado a un específico negocio” (pág. 29, refiriéndose a la reforma del Código Civil italiano de 2003 “De los patrimonios destinados a un negocio específico –arts. 2447 bis a 2447 decies”, que contiene dos especies de tal figura: “el patrimonio destinado a un negocio específico, y el financiamiento destinado a un negocio específico”. - La doctrina se ha interesado en la reforma del sistema societario en Italia por Decreto Legislativo n° 6 del 17 de enero de 2003, que refiere expresamente a la posibilidad de generar patrimonios afectados a un negocio en particular, cuantitativamente hasta el diez por ciento del patrimonio neto de la sociedad por acciones. - No tenemos dudas que esa forma de financiamiento es posible en nuestro país con ciertas limitaciones.

⁴ Nto. *La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso* en AAVV “Responsabilidad por daños en el tercer milenio – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini, 1997, Ed. Abeledo Perrot, pág. 561, directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci.

⁵ “El patrimonio-afectación en caso de tener realidad jurídica, procederá solo en el supuesto de que la ley le reconozca, mediante declaración expresa, efectos a la afectación de ciertos bienes a un fin determinado, y es ciertamente esa la situación que prevalece en relación a los bienes fideicomitados, situación que se encuentra prescrita en la ley como una afectación a un fin determinado” ACOSTA ROMERO, Miguel; ALMAZÁN ALANIZ, Pablo Roberto “Tratado teórico práctico de fideicomiso”, 2ª ed. actualizada, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 276.

⁶ ACOSTA ROMERO; ALMAZÁN ALANIZ “Tratado teórico práctico de fideicomiso”, cit. pág. 275.

destino que tengan determinados bienes, derechos y obligaciones en relación con un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma”.

No es pacífica dogmáticamente la tipificación en el fideicomiso argentino de un patrimonio-afectación, pues se señala que en nuestra ley “le pertenece al fiduciario”, entendiéndose que hubiera “sido más conveniente adoptar la figura genuina del patrimonio de afectación, de haber sido, la ley, fiel a una de sus fuentes, esto es el Código Civil de Quebec”⁷. No altera ello, a nuestro entender, que se trata de una técnica de afectar un patrimonio a un fin: “La teoría del doble efecto, uno real de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial eficaz *erga omnes*, y el obligacional, válido *inter partes*, que obliga al adquirente para actuar dentro de lo convenido...”⁸.

“Los bienes fideicomitados forman un patrimonio de afectación, sólo alcanzado por las obligaciones que directamente para su administración y explotación contraiga el fiduciario”⁹.

Dasso¹⁰ apunta “... Coincidimos con quienes piensan que el fideicomiso Ley 24.441 trata de un derecho real, (no idéntico al dominio en la configuración del Cód. Civil ni tampoco a la del dominio fiduciario), cuyas características fundamentales (las del fideicomiso Ley 24.441) son (i) excluir el carácter de perpetuidad (no puede durar más de 30 años: ley 24.441: art. 4) y (ii) generar un “*patrimonio de afectación*” inmune a la acción de los acreedores pues no se confunde con el patrimonio del fiduciario, cuyo cometido es una función de administración más que una titularidad dominial. En suma: derecho real no idéntico al dominio, tampoco susceptible de ser identificado como un derecho personal del fiduciario; se transfiere conforme los requisitos y modo del título, por lo cual es menester la registración tratándose de bienes sometidos al régimen registral y en el caso de cosas muebles a la identificación adecuada. El fiduciario no tiene señorío sobre la cosa sino un derecho limitado a la finalidad del fideicomiso.”¹¹.

El Código Civil de Quebec al referirse a la naturaleza de la fiducia, en el art. 1260 determina “La fiducia resulta de un acto por el cual una persona, el constituyente, transfiere de su patrimonio a otro patrimonio que él constituye, los bienes que afecta a un fin particular y que un fiduciario se obliga por el hecho de su aceptación, a poseer y administrar”. Se trata técnicamente de un patrimonio sin titular¹², aunque se anote a nombre del fiduciario pues esa masa de bienes existe jurídicamente sin ser incorporada en la propiedad de las personas físicas o morales. Ese patrimonio no es antropocéntrico, pues las personas implicadas en esa relación jurídica no son más titulares de derechos reales¹³. A través de ello el punto se resuelve en torno justamente a la responsabilidad: el fiduciario no es “deudor” ni de los terceros que contrataron en relación a los bienes del patrimonio “de afectación” fideicomitado, ni en relación al beneficiario.

2. Los bienes afectados a un fideicomiso constituyen una masa separada que no responde a las obligaciones de su titular dominial. La calificación jurídica que se otorgue a ese fenómeno negocial es indiferente en cuanto los efectos jurídicos sean los pretendidos: las facultades de goce y de disposición de un bien están atribuidas al “registrado” no para satisfacer un interés propio, sino uno ajeno¹⁴.

⁷ FÉRNANDEZ, Julio César D. *Antecedentes históricos del fideicomiso* en “Tratado teórico práctico de fideicomiso” AAVV Directora Beatriz Maury de González, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 1999, pág. 56.

⁸ VEIGA, Juan Carlos *El negocio fiduciario en el derecho español*, en Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia, año 1 2010 – 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, pág. 45, en particular pág. 47.

⁹ BONO, Gustavo Alejandro *Fideicomiso* en “Ley 24.441” Ed. Alveroni, pág. 27.

¹⁰ DASSO, Ariel A. *EL FIDEICOMISO EN EL MARCO LEGAL Y OPERATIVO DE REESTRUCTURACIÓN DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS*, que nos hiciera llegar cordialmente el autor.

¹¹ ORELLE, J.M.R., op. cit., p.143

¹² CALEGARIS DE GROSSO, Lydia E. *El fideicomiso dentro del proceso de adaptación del trust a los conceptos del derecho civil*. Bs.As. julio 31 de 1996 n° 5996. Doctrina pág. 2 y ss..

¹³ CALEGARIS DE GROSSO trabajo cit. pág. 13, citando a Brierley, John C. The new Quebec Law of Trusts: the adaptation of Common Law thought to Civil Law concepts, pág. 46.

¹⁴ GALGANO, Francesco *El negocio jurídico* cit. pág. 441.

II – SOBRE EL FIDEICOMISO Y LA FUNDACIÓN.

1. En el fideicomiso¹⁵ se generan dos límites a la responsabilidad¹⁶. Uno a través de separación de patrimonios: los bienes fideicomitidos forman un patrimonio especial, sólo alcanzado por las obligaciones que para su administración y explotación contraiga el fiduciario¹⁷, y otro limitando responsabilidad en casos del art. 1113 C.C., o sea en supuestos de responsabilidad objetiva.

No generaría efectos disímiles el uso del recurso técnico de la personificación del fideicomiso. En nuestro sistema jurídico a la persona jurídica se le genera una afectación patrimonial (centro de imputación autogestante), pero esa falta de autogestión -organización interna- dogmáticamente sería rechazada en nuestro país para igualar el efecto, haciendo al mismo tiempo innecesaria la referencia a la limitación de responsabilidad por el art. 1113 C.C..

Fuentes, y particularmente el derecho más moderno considera los patrimonios autónomos como "una masa de bienes afectados a un fin determinado e investido de personalidad jurídica"¹⁸. Será fruto de una concepción dogmática que se recurra al patrimonio de afectación, disgregado el patrimonio de su titular (fideicomiso) o se cree un ente distinto a fin de afectar determinados bienes a un fin (fundación).

2. La fundación alcanza ciertas características similares a las del fideicomiso por la falta de contenido humano, adopta la afectación de bienes a la consecución de determinados fines, pero usa de la técnica de la personificación¹⁹. Se señala²⁰ que sostener que el patrimonio pertenece a una persona de existencia ideal llamada fundación y admitir *in continente* que dicha persona de existencia ideal no tiene sustrato humano alguno, es como reconocer que tal patrimonio carece de dueño, pero ello es de "difícil digestión para el jurista", pues implicaría aceptar que el patrimonio fundacional es sujeto-objeto de derecho, contrariando la regla fundamental que hace al hombre el centro de imputación de toda norma jurídica, sin advertir que siempre hombres generan –directa o indirectamente- esa determinación. En realidad se trata de medios técnicos que mediatizan al "hombre", pero no lo eliminan.

El patrimonio de la fundación queda afectado exclusivamente al objeto de la fundación (finalidad de su constitución, al igual que el fideicomiso²¹) y sustraído del poder de toda voluntad

¹⁵ Al fideicomiso lo define el American Law Institute como "una relación respecto a bienes, sujetando a la persona que tiene la posesión de dichos bienes a deberes de equidad para utilizarlos en beneficio de otras persona, lo cual surge como resultado de la intención manifestada al crearlo" (Restatement of the law of trust St. Paul 1935, tomo I pág. 6 citado por EDER, P.J. El fideicomiso (trust) en el derecho angloamericano Buenos Aires 1954, pág. 27). Se reconocía la fiducia como "una convención por la cual una de las partes (fiduciario), al recibir de la otra (fiduciante) una cosa en la forma de la *mancipatio* o de la *in jure cessio*, asume la obligación de hacer uso de ella con un fin determinado, y, por lo menos según regla general, restituirla una vez logrado el fin" - BONFANTE, Pietro "Instituciones de Derecho Romano" Madrid 1922, pág. 446-. El fiduciario es propietario a todos los efectos legales, y el ajuste a un fin no lo es en relaciones externas (salvo mala fe del tercero), sino destinadas a proteger al fiduciante de abuso del fiduciario al no cumplir el fin acordado - GUASTAVINO, E. *Actos fiduciarios* en "Homenaje a Héctor Lafaille" Bs. Aires 1968, pág. 365-.

¹⁶ BONO, Gustavo Alejandro *Fideicomiso* cit. pág. 12 y ss., especialmente pág. 27.

¹⁷ Solución adoptada por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas: arts. 14 primera parte y 15 ley argentina n° 24.441, arts. 1227, 1233 y 1238 del Código de Comercio de Colombia, y art. 2° Ley de Fideicomisos de Venezuela.

¹⁸ Arts. 80 a 89 del B.G.B.. A su vez el Código Civil de Quebec de 1991 acepta que los bienes son objeto de "una afectación", regula en el título VI del libro IV "ciertos patrimonios de afectación, dividiendo el título en dos capítulos que tratan respectivamente de la fundación y del fideicomiso.

¹⁹ Fundación "Organización para la realización de determinados fines reconocida como sujeto de derecho y que no consiste en una unión de personas", conforme la definición de Ennecerus que recuerda BUSSO, Eduardo Código Civil anotado Bs. Aires 1944, tomo I pág. 228.

²⁰ GIRALDI, Pedro M. - GOMEZ LEO, Osvaldo R. Introducción al estudio del fideicomiso en Derecho Empresario Actual, libro en Homenaje al Dr. Raymundo Fernández, Cuaderno 1 de la Universidad Austral, Buenos Aires 1996, pág.355 y ss., en especial p. 378.

²¹ GIRALDI, Pedro M. y GOMEZ LEO, Osvaldo R. Introducción ... cit. p. 369 y ss.. En las relaciones externas el fiduciario tiene dominio pleno sobre los bienes para no afectar relaciones con terceros de buena fe, aunque exista un apartamiento de la finalidad.

ajena a la propia organización. Comparando fundación y fideicomiso se advierten las posibilidades de los recursos técnicos "personificación" o "patrimonializar", que corresponden a una decisión de política jurídica, ajena a cuestiones ontológicas. El patrimonio afectado aparecería como una figura más ágil que la propia "personificación" a un ente para cumplir su finalidad, pues la "libre administración" del fiduciario elimina cualquier traba en torno a la representación negocial o a la imputación orgánica²², con mayor impermeabilidad que los administradores de entes.

Sobre la naturaleza del fideicomiso y las tensiones que genera el fideicomiso, puede verse el libro de José Fernando Márquez²³, quién coincide con nosotros de que la técnica usada corresponde a una decisión de política legislativa, ajena a cuestiones ontológicas. Que también señala las posiciones coincidentes con doctrina extranjera y la nuestra de que en el plano ideal de las reglas organizadoras, persona o patrimonio son recursos técnicos para disciplinar unitariamente un grupo de relaciones jurídicas²⁴.

Debemos recordar que el *trust* inglés implica el desdoblamiento de la titularidad en propiedad formal o legal y en propiedad sustancial o bonitaria, distinción que descansa a su vez en la dualidad del ordenamiento jurídico, peculiar del sistema anglosajón, dualidad de la que resulta que el derecho de propiedad del fiduciante o *trustee* esta sometido al *Common Law*, mientras que el derecho de propiedad del favorecido (*cestui que trust*) está sometido a la *equity*²⁵.

3. Favier Dubois con su clásica metodología, introduce magistralmente en la cuestión en el artículo: *EL FIDEICOMISO. CARACTERISTICAS Y SUSTENTABILIDAD*²⁶: "... respecto del dominio fiduciario, adherimos al concepto según el cuál, integrando el art. 2662 del Código Civil con el art. 1º de la ley 24.441, éste existirá "cuando una persona (fiduciante), en razón de un fideicomiso cuya fuente es un contrato o un testamento, transmita el dominio de cosas determinadas a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerlo en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo a la extinción del fideicomiso al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario (destinatario final)"²⁷no hay enriquecimiento patrimonial para las partes; debe tener causa lícita y la insolvencia del patrimonio fideicomitado no lleva a su quiebra. - En lo que hace a los sujetos participantes, y de conformidad con lo que resulta de los arts. 2º, 4 a 10, 17 y 18 de la ley 24.441, ellos son a) el fiduciante, quien es el dueño de los bienes, derechos o acciones y genera el fideicomiso; b) el beneficiario, que es una persona física o jurídica Cabe señalar que el fiduciario ejerce todas las acciones en defensa de los bienes, debe cumplir como buen hombre de negocios, tiene obligación de rendir cuentas anuales, posee responsabilidad por culpa o dolo, tiene prohibición de adquirir los bienes fideicomitados y posee derecho a gastos y retribución; y d) el fideicomisario, quien es el destinatario final de los bienes y en caso de silencio es el beneficiario o el propio fiduciante."

Internamente el dominio fiduciario aparece limitado por la relación de su constitución.

²² art. 17 sin necesidad de conformidad, salvo que ello se hubiere convenido.

²³ "Fideicomiso. Facultades de Administración y disposición de Fiduciario. Deudas del Fideicomiso. Insolvencia. Acciones de Fraude y Simulación". Ed. La Ley, Buenos Aires 2008, especialmente págs.. 76/77.

²⁴ Nto. "Las relaciones de orgnaizaicon. El sistema jurídico del Dercho Privado" 2ª ed. Advocatus, Córdoba 2002, pág. 13.

²⁵ GARRIGUES y DÍAZ CABAÑATE, Joaquín *Clausura de las Jornadas de Estudio sobre el Fideicomiso en AAVV* "El Fideicomiso en México y su viabilidad en España", Jornadas de Estudio organizadas por el Banco Nacional de México y el Banco de Milbao, Madrid, 20 y 21 de noviembre de 1979, Madrid 1980, pág. 230.

²⁶ Buenos Aires, 22 de Septiembre de 2010 (para La Ley), que nos hiciera llegar Favier Dubois.

²⁷ Conf. ALTERINI, Jorge Horacio y ALATERINI, Ignacio Ezequiel "Pluralidad de regímenes del dominio fiduciario", LA LEY 2010-C, pag.1147 y stes.

4. En sistemas como el nuestro, dominados por el principio de tipicidad de los derechos reales, la propiedad fiduciaria -como otros recursos técnicos de imputación que señalamos- no pueden ser producto de la autonomía contractual²⁸, pero aceptados por la ley quedan al libre acceso. Asumidos por acto negocial dentro de los recaudos que exige la ley, ese acto extiende sus efectos de las partes a terceros, siéndoles "oponible" conforme los efectos previstos, con un nuevo sistema de imputación.

La existencia de esos patrimonios especiales requiere de ley que autorice su constitución en función de un determinado fin²⁹. Como con otros recursos técnicos, los efectos respecto de terceros se plasman en cuanto se han cumplido las formas o registros previstos. El apartamiento del fin no puede afectar las imputaciones a ese patrimonio o a ese sujeto, pero sí alterar los límites de responsabilidad previstos por la ley, que pueden traspasarse cuando el beneficiario de la limitación abusa del recurso técnico, como seguiremos apuntando.

En el fideicomiso existen atribuciones institucionales determinadas por actos cumplidos *ad solemnitatem*, que alteran las atribuciones patrimoniales de los sujetos declarantes de la voluntad, alcanzándose los efectos indicados precedentemente.

Limitado en esa tipicidad para alcanzar la generación de un patrimonio tabicado, las figuras son muy maleables por la autonomía contractual, como resulta de repasar los usos del fideicomiso. "El contrato de fideicomiso admite diversidad de fines o propósitos por lo cual tiene aplicación a un amplio espectro de negocios. Tiene por objeto ... el cumplimiento de un negocio subyacente lo que lleva a conceptuarlo doctrinariamente como un negocio indirecto el que no permanece oculto sino que, por el contrario, es el factor ostensible que lo genera"³⁰.

III - LA FINALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD.

Sobre el tema separamos el comentario de Eduardo Favier Dubois³¹, negativo sobre la posibilidad de desarrollar actividades de tipo societario: "... Los fideicomisos "societarios" han sido muy utilizados, sobre todo como vehículos de garantías. Si bien no han generado conflictos relevantes, las múltiples cuestiones que involucran³² permiten afirmar que todavía se encuentran en etapa de prueba. ... 1.-EL NEGOCIO SOCIETARIO BAJO FORMA DE FIDEICOMISO. La cuestión que el tema plantea es la siguiente: ¿podría hacerse un fideicomiso por el cuál uno o más fiduciantes aportaran 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?. - Al respecto, prestigiosa doctrina considera que sí es posible, sea por no estar prohibido o sea por tratarse de ley posterior que habría creado un nuevo ente jurídico contable.³³ - Incluso se propugna que los fideicomisos hechos en tales condiciones son verdaderas empresas a las que habría que darles los beneficios

²⁸ GALGANO, Francesco El negocio jurídico, Ed. tiran lo blanch, Valencia 1992, trd. esp., pág. 442.

²⁹ VON TUHR, A. Teoría General del Derecho Civil Bs. As. 1946 tomo I.1, pág. 408.

³⁰ DASSO, Ariel A. *EL FIDEICOMISO EN EL MARCO LEGAL Y OPERATIVO DE REESTRUCTURACIÓN DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS*, citado.

³¹ FAVIR DUBOIS H. Eduardo, *FIDEICOMISO Y REGIMEN SOCIETARIO. EL FIDEICOMISO SOBRE ACCIONES DE SOCIEDAD ANONIMA*, que nos hiciera llegar al remitirlo a publicar a La Ley.

³² MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "Fideicomiso societario. Bases para una mejor utilización de la figura fiduciaria", en ED t. 211 pag.844.

³³ 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.

propios de las PyMES y el acceso al crédito y a los registros³⁴. - Por nuestra parte entendemos que no es admisible que el fideicomiso tenga objeto societario en atención a las particularidades del régimen de la sociedad comercial. - Ello, en primer lugar, porque si se trata de un único fiduciante, se estaría vulnerando la regla de la pluralidad de socios exigida por el art. 1º de la ley 19.550 que, en derecho argentino vigente, prohíbe la limitación de la responsabilidad del empresario individual. - Además, y aún en caso de pluralidad de fiduciantes, téngase en cuenta que el ordenamiento societario presenta normas indisponibles en materia de pluralidad, formas, publicidad, contabilidad, objeto, capacidad, nulidad, etc., tendientes a la protección de los terceros en tanto tutelan al crédito en general y a la situación de acreedores, herederos, terceros co-contratantes, trabajadores y terceros en general. - Sobre tal base, el concepto de aporte para un fondo común con el cual realizar una actividad lucrativa empresaria en común para participar en los resultados, debe considerarse 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”, con “gestión común” y compartiendo la “suerte” entre los aportantes, se presentan los elementos del negocio societario y resultan insoslayables las reglas de la ley 19.550. - En tal supuesto, un fideicomiso donde se presentaran dichos elementos, podría considerarse una sociedad “atípica” y, como tal, nula, liquidable y concursable, con las responsabilidades consecuentes de sus socios y administradores. - Y, en caso de fiduciante único, se desestimaría su personalidad imputándosele personalmente la totalidad de las consecuencias de su obrar, sin perjuicio de la responsabilidad del fiduciario”.

Sigue con profundidad Favier Dubois: “4.-LAS EXPERIENCIAS EN LAS DIVERSAS CLASES DE FIDEICOMISOS.... De entre tales resultados podemos aquí recordar ...los siguientes: a) Los fideicomisos de organización de emprendimientos “inmobiliarios” han funcionado sin mayores problemas, sin perjuicio de la atribución, en algunos casos, de responsabilidades especiales al fiduciario cuando aquél al mismo tiempo era el organizador y acreedor beneficiario³⁵, y del hecho que aún no se han perfilado nítidamente las responsabilidades del “desarrollador”, que a pesar de ser el verdadero “maitre del affaire” generalmente no aparece con ningún rol obligacional en el contrato. ... d) En materia de fideicomiso financiero de oferta pública, los efectos del caso “Bonesi”³⁶, nos han llevado a formular en su momento algunas reflexiones sobre su sustentabilidad³⁷ que sintetizamos de la siguiente forma: 1.-El fiduciario debe constatar que el fiduciante no se halla en insolvencia civil (pasivo superior al activo) ni comercial (cesación de pagos);

Favier Dubois – formula algunas apreciaciones “A modo de conclusiones, y con el carácter provisorio que impone la dialéctica del pensamiento³⁸, formulamos las siguientes propuestas interpretativas: - 1.-La sustentabilidad legal de un fideicomiso determinado requiere que el mismo evidencie y respete ciertas características esenciales como son las siguientes: el perfeccionamiento de su ”bifrontalidad”, la “alteridad” entre fiduciante y fiduciario, la “vehicularidad” respecto de un negocio subyacente lícito, la “temporalidad” entre su nacimiento y su extinción, la oportuna previsión sobre su “plasticidad”, la “comunicabilidad” al fiduciante, la previa “autorización especial societaria” cuando el acto excede la administración, y la

³⁴ CATUOGNO, Juan Luis “Fideicomisos con objeto financiero. Injustificado desigual tratamiento respecto de empresas de base societaria o unipersonales”, La Ley Actualidad del 21-7-09, pag.1, año LXXIII, nro.136.

³⁵ Ver Molina Sandoval, Carlos A “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”, La Ley, 1-10-07, pag.1, año LXXI nro.188;

³⁶ Caso en el cual el fiduciante-administrador de un fideicomiso financiero sobre ventas a crédito de electrodomésticos retuvo el producido de tales cobranzas alegando que se trataba de un flujo de fondos propios y se presentó en concurso preventivo. El tribunal interviniente, C.N.Com., Sala E, en fecha 9-10-09, en autos “Bonesi S.A. s/conc.prev. inc. de apel. por la concursada”, LL 2009-F, pag.727, ordenó cautelarmente devolver los fondos retenidos sosteniendo que no eran propios sino que habían sido cedidos en propiedad al acreedor.

³⁷ Ver del autor “Fideicomiso financiero, flujo de fondos y concurso preventivo. El caso ‘Bonesi’: conclusiones provisionales y temas abiertos”, La Ley 2009, F, pag.727 y stes.

³⁸ El autor agradecerá la remisión de sugerencias y/o comentarios al correo: emfavierdubois@favierduboisspanolo.com

“infungibilidad” respecto de otra figura tipificada en protección a terceros respetando, además, los elementos estructurales que determinan “el orden público fiduciario”. - 2.-El fideicomiso que encubra una relación que presente los elementos esenciales propios de la sociedad comercial es nulo por atipicidad, liquidable y concursable. En cambio, el fideicomiso con objeto empresario será válido mientras se limite a una obra que no implique “actividad permanente” o si asume la forma de un “fondo de inversión directa”, sin gestión común....”. Nos hemos referido y nos referiremos a alguna de ellas.

1. Hasta aquí la importante opinión de Eduardo Favier Dubois h., fundamental en caso de insolvencia del fideicomiso, aunque los negocios que separa como lícitos³⁹ dejar ver una zona gris, por lo que en cada caso se deberá analizar si ha existido un uso abusivo del fideicomiso y, particularmente si se ha generado algún daño a través del uso desviado del mismo, supuesto básico de la teoría de la responsabilidad, y nuestra visión sobre la supuesta “insolvencia” del fideicomiso y su liquidación, como así también las referencias a la declaración unilateral de voluntad para crear sociedades⁴⁰..

2. La falta o desviación de finalidad no puede afectar al fideicomiso, salvo cuando lo desnaturaliza. Dentro del supuesto de la desnaturalización focalizamos que el fiduciario pueda ser beneficiario del fideicomiso, pues no es posible que se confundan las personas de fiduciario o beneficiario, pues en ese caso "el fideicomiso carecería de razón de ser, tampoco es posible -la colisión de intereses sería frecuente- la concurrencia de fiduciario y beneficiarios en frutos o destino final del patrimonio del fideicomiso. Las funciones están netamente separadas y su confusión aleja de la construcción normativa del fideicomiso y no generaría el efecto propio"⁴¹.

La afectación a una finalidad es el fundamento que impone la ley para que negocialmente se pueda generar el efecto de la disgregación patrimonial, sea a través de constituir un patrimonio de afectación o un nuevo sujeto de derecho o la modificación de un derecho real (fideicomiso, fundación, leasing). Pero una vez constituido, el apartamiento del fin no trae de por sí la extirpación por nulidad absoluta, afectación causal, de esa independencia patrimonial. Ello por cuanto se deberán respetar los derechos de terceros, y no por aplicación del régimen de las nulidades de las relaciones de cambio, sino por cuanto estamos frente a una institución jurídica (patrimonio de afectación o personalidad), cuyos efectos sólo pueden cesar cuando se procede a la liquidación de ese recurso técnico.

Así el fiduciario ante la insuficiencia de los bienes fideicomitados para satisfacer las obligaciones que se le imputan procederá a la liquidación de esos bienes⁴², a lo que nos dedicaremos más adelante. El apartamiento de la finalidad puede tener como consecuencia anticipar esa liquidación a lo previsto contractualmente, pero ello siempre sin perjudicar los

³⁹ Separa Favier Duobis otros negocios “Todo ello sin perjuicio de destacar que quedan afuera de un eventual encuadramiento societario aquellos emprendimientos que no implican “actividad”, en el sentido de repetición de actos sustancialmente iguales, sino la consecución de una “obra” única y concreta, similares a la sociedad accidental o en participación o a la unión transitoria de empresas.- También quedan afuera del cuestionamiento los denominados “fondos de inversión directa” siempre que mantengan sus características de “singularidad”, “especialidad”, “proyecto sin historia” e “independencia” entre inversores y administradores, lo que impedirá su encuadramiento societario ante la falta de “gestión común” y de “affectio societatis” entre sus miembros”.

⁴⁰ Nto. *VISIÓN SOBRE LA UNIPERSONALIDAD PERSONIFICANTE* en tomo I de la publicación previa al XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, pág. 195, Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 7 de octubre de 2010.

⁴¹ GIRALDI y GOMEZ LEO Introducción cit. p. 373.

⁴² El Código Civil de Quebec del año 1991, citado como fuente por los autores del nuevo Anteproyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, autoriza en el supuesto de fiduciario plural y de actuación conjunta, que uno de ellos también pueda ser el beneficiario (art. 1275). Esto revela como el recurso técnico es moldeado por cada legislación.

derechos de los terceros contratantes de buena fe con ese centro de imputación⁴³. A nuestro entender, ello es igual que para las sociedades.

Con la concepción que sintéticamente estamos ofreciendo, interesa una legislación más simple, en el sentido que el legislador no debe preocuparse tanto en las formas del instituto jurídico dotado del recurso técnico de la personalidad o que altere la imputación, sino en los efectos del abuso. La protección a los terceros no debe formalizarse tanto en la estrictez de las formas asegurativas, sino en normas que, a tenor del abuso del recurso, generen sanciones.

“El tema de la causa se presenta como una cuestión que genera división en la doctrina. Si se entiende el negocio fiduciario como el resultado de dos operaciones distintas, conexas pero jurídicamente independientes, habrá que indagar la causa del negocio real transmisivo y la causa del negocio obligacional”.⁴⁴

De todas formas el fiduciario debe actuar de buena fe en el cumplimiento de esa causa –u objeto- y sin duda deberá responder de los daños que genere con su gestión culposa (responsabilidad de base subjetiva), de la que luego haremos más referencias al comentar la liquidación por insuficiencia patrimonial.

IV - LOS TERCEROS Y EL FIDEICOMISO.

Continuamos con nuestras apreciaciones respecto a terceros en otros supuestos.

1. El contrato de fideicomiso es afectado cuando constituye el modo para eludir la aplicación de una norma imperativa, manifestándose como un contrato en fraude de ley⁴⁵. En relación a los acreedores del fideicomitente se autoriza expresamente a agredir el patrimonio fideicomitado en ese supuesto. Por la transferencia de bienes que egresan de su patrimonio los bienes quedan excluidos de la acción de los acreedores del fiduciante transmitente, pero se hace posible una acción sobre esos bienes en caso de "fraude", que es la revocatoria pauliana (inoponibilidad en la quiebra), agregándose las de simulación y nulidad, aplicables a cualquier acto de disposición, tal la transferencia fiduciaria⁴⁶.

2. Como señalamos, la finalidad impone el uso leal de la relación de fideicomiso. La buena fe en la ejecución del contrato, que implica el deber de cada una de las partes de realizar el interés negocial y cuya violación puede configurarse como abuso de derecho⁴⁷, teniendo lugar cuando uno de los contratantes ejerce los derechos que le son atribuidos por la ley o por el contrato para una finalidad distinta de aquella para la cual estos derechos se previeron. Es el abuso del medio técnico, el apartamiento de la finalidad del tipo jurídico creado por la norma.

3. La ilicitud jurídica de la causa ha de distinguirse de la ilegalidad del negocio, en su forma, producida por la violación de los términos de una norma legal que establezca un requisito de forma, o una prohibición o límite que concierna a la autonomía privada. Es que la autonomía

⁴³ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas en diario La Ley del 5 de diciembre de 1995.

⁴⁴ VEIGA, ob. cit. pág. 49.

⁴⁵ Nto. En torno de la nulidad absoluta de sociedades en Derecho Empresario Actual, libro en Homenaje al Dr. Raymundo Fernández, Cuaderno 1 de la Universidad Austral, Buenos Aires 1996, pág. 901 y ss..

⁴⁶ GALGANO, ob. cit. pág. 448, con jurisprudencia sancionando con la nulidad el acto en fraude. Aunque en realidad se trata de una inoponibilidad como señalan los autores que citamos en la nota siguiente.

⁴⁷ GALGANO, ob. cit. pág. 467. "Abusar" implica una acción referida al uso impropio del recurso técnico, o sea "usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente". Inoponible no figura en el Diccionario, pero oponer es "imputar, achacar, atribuir una cosa a uno", por lo que, conforme prescribe el sistema jurídico se imputa aditivamente al abusante, excluyendo la limitación de responsabilidad; en el caso imputando los bienes fideicomitados en beneficio de los acreedores del fiduciante -sin perjuicio de los derechos de terceros-.

privada puede someterse a un control jurisdiccional en torno a si persigue intereses conforme a ciertos principios elementales de la convivencia y merecedores por ello de tutela jurídica.

En ellas, el negocio ofrece en su estructura (elementos, forma, contenido) la señal inequívoca de su propia irregularidad, sin que sean precisas pesquisas sobre la causa. Cuantas veces el acto se enfrenta directa y abiertamente con el precepto contrario a la ley, no es necesario llegar a una indagación sobre la causa para reconocer la ilicitud jurídica. Pero esa indagación es necesaria cuando cubierta la apariencia el acto logra violar su precepto en espíritu⁴⁸. Existe allí colisión entre la norma y la causa. Se trata de un fraude a la ley.

4. Según una concepción objetiva la figura del fraude a la ley no tiene esencialmente otro sentido que el de una reacción con la que el Derecho combate un abuso de la función instrumental del negocio (abuso del negocio). Ello explica cómo donde ha florecido la teoría del abuso del derecho⁴⁹ las dos figuras hayan sido aproximadas, y motivo de discusión el que el abuso del derecho⁵⁰ se incluyese en la figura general del fraude a la ley, o viceversa.

El ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: es un acto ilícito abusivo que a diferencia del acto ilícito común -en el cual la norma jurídica es transgredida francamente- implica una violación solapada del ordenamiento jurídico⁵¹.

No puede confundirse el abuso del negocio con el abuso del derecho; este último abuso se refiere a una norma que es aplicada y hecha servir de medio a un fin que no es el suyo, mientras que el fraude concierne a una norma que es rodeada, evitada y relegada su aplicación, haciéndolo con otra en su lugar, al menos en la medida que no es aplicada la primera. Por ello, la reacción de la ley frente al abuso de derecho es meramente negativa, y consiste en no concederle tutela⁵², mientras que su reacción frente al fraude es positiva⁵³.

El ejercicio abusivo de derechos es caracterizado por la intencionalidad de dañar mediante la desviación de la función social o finalidad del derecho o de la figura. El efecto del acto abusivo es despojar de toda virtualidad al acto desviado y generar el resarcimiento de daños⁵⁴. No son distintos, aunque específicos los efectos en el caso de la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, donde se resta la virtualidad de la intervención de la persona jurídica, imputando también el acto al controlante y haciendo responsable frente a la sociedad, terceros y socios de los daños causados⁵⁵. En los recursos técnicos jurídicos de imputación diferenciada no es definida claramente la frontera entre el abuso del negocio y el abuso de la norma.

⁴⁸ BETTI, Emilio Teoría general del negocio jurídico 2ª Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, trad. esp. pág.283.

⁴⁹ Seguimos a BETTI, ob. cit. pág. 286, que señala a Francia como la cuna de esa teoría.

⁵⁰ Apócope de otras terminologías como ejercicio abusivo del derecho, uso abusivo de las reglas jurídicas, uso abusivo bajo apariencia de ejercicio del derecho.

⁵¹ Transcribimos a ALTERINI, AMEAL, LOPEZ CABANA, ob. cit. pág. 720, donde citan amplísima bibliografía.

⁵² Art. 1071 C.C.

⁵³ Arts. 961/972 C.C.. BETTI ob. cit. pág. 287.

⁵⁴ ALTERINI, AMEAL, LOPEZ CABANA, ob. cit. pág. 724.

⁵⁵ No coincidimos con la apreciación de DOBSON, Juan M. "El abuso de la personalidad jurídica" Ed. Depalma, Buenos Aires pág. 415, que si bien señala que "el control que cause un daño a los terceros o a la sociedad importa un hecho ilícito que engendra reparación con fundamento en los principios comunes cuanto en el abusos del derecho (arg. arts. 54 ley 19550 y 1071 C.C.)", pocos renglones después señala que "La aplicación de la teoría del abuso del derecho a estos supuestos de control, campo principal de la aplicación del abuso de la personalidad jurídica, puede resultar un inconveniente, ya que la sanción del abuso, por tratarse de un hecho ilícito resulta en la nulidad", señalando ALTERINI, AMEAL Y LOPEZ CABANA en la cita que los efectos son "despojar de toda virtualidad al acto desviado", que al igual que el fraude -como hemos citado a estos autores- es la inoponibilidad. Pese a ello, estos autores excluyen de la teoría del abuso del derecho al abuso de la personalidad jurídica, citando a Dobson sin obra ni página. Comentamos nuestra apreciación en la nota siguiente.

No es otra la solución, que hemos comentado⁵⁶, prevista en el art. 54 in fine LS que resta ciertos efectos a la actuación de una sociedad que "encubra la consecución de fines extra societarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros" en cuyo caso el acto se imputará también a los controlantes que hicieron posible esa actuación desviada del recurso técnico societario. Adviértase que la fórmula es suficientemente elástica para cristalizar en torno a ella todas las normas de interés público para sancionar conductas reprochables⁵⁷.

La fórmula es específica en relación a la genérica del art. 1071 C.C. de no amparar el ejercicio abusivo de derechos, dentro del que enrolamos el uso de medios técnicos imputativos -como en el fideicomiso y el leasing- "que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres" o "que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos", o sea que afecte la tipicidad causal del negocio aducido o de la figura asumida. Aquí no negándole tutela sino restándole los efectos propios del recurso.

5. Centrado el problema, el aporte de lo jurídico puede ser trascendente. Por una parte sistematizando las relaciones de organización, con nuevo método que respetando la tradición y estética de las relaciones de nuestros códigos, afronte esa nueva gama de relaciones asegurando su finalidad.

Las afectaciones patrimoniales a un fin, cual implica el fideicomiso importan ingresar en el derecho de normas de organización, en la oponibilidad de ciertas restricciones dominiales frente a terceros. No se trata de relaciones de cambio, sino de instituciones a las que pueden acceder contractual o negocialmente las partes, afectando derechos de terceros en cuanto se alteran las normas de atribución de repartos. En tales supuestos, son plenamente aplicables a través de la teoría del abuso del medio técnico⁵⁸ o del fraude tradicional, que importan imputaciones aditivas, sin perjudicar a terceros de buena fe en cuanto a las atribuciones patrimoniales. Al haber violado la funcionalidad o finalidad (causalidad del negocio fijada por la ley), los efectos propios del mismo no serán oponibles a los terceros perjudicados. Se trata de una inoponibilidad limitada a esos terceros que cuestionaron.

Por otra parte queda abierta la responsabilidad del fiduciario por acciones u omisiones culpables que generen daño.

V – LA LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO. ¿INSOLVENCIA?

El fideicomiso siempre termina con una liquidación, con o sin insuficiencia del patrimonio.

1. Anticipamos que "insuficiencia patrimonial" no es cesación de pagos ni insolvencia. Consideramos que el legislador quiso evitar la insolvencia de un fideicomiso y por ello impuso la liquidación ante esa insuficiencia patrimonial. La diferencia es similar a la que encontramos en la legislación societaria de España: el 3 de julio de 2010 se publicó la nueva ley de sociedades española en cuyos artículos 360 a 367 se trata la cuestión de la pérdida del capital social, imponiendo la disolución o el concurso "si fuera la sociedad insolvente", otorgando a los

⁵⁶ Nto. "Organización Asociativa" Ed. Zavalía, Bs. As. 1995 con mayores argumentos; últimamente en . *INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010. Venimos predicando que la cuestión es ajena a la nulidad de actos, que no puede aplicarse a la personalidad jurídica, revistiendo una suerte de sistema de responsabilidad en las relaciones de organización, sin perjuicio de algunos aspectos en que corresponda aplicar una imputación diferenciada a la prevista por el abuso de la originaria.

⁵⁷ BETTI ob. cit. pág. 290: fórmula de contenido elástico e históricamente variable que los países de tradición latina han elaborado, para cristalizar en torno a ella todas las normas de interés público que exigen observancia incondicional y no son derogables por disposición privada. La fórmula del orden público y la consiguiente extensión del concepto de ilicitud jurídica, en una fórmula de indeterminación.

⁵⁸ Que registra específicamente la ley de sociedades como "inoponibilidad de la personalidad jurídica".

administradores un plazo de dos meses para que los socios adopten la decisión similar de liquidar si no se opta por la capitalización, imponiendo la presentación en concurso en el mismo plazo en caso de no adoptarse esa decisión o en el caso de no reunirse la junta desde esta fecha. La responsabilidad de los administradores se registra sobre ese incumplimiento. O sea que se compatibiliza con la posibilidad de concurso, como forma de proteger a la empresa, pero no a los socios, a nuestro entender⁵⁹. Se distingue así claramente la pérdida del capital social de la insolvencia.

2. “Adaptando un viejo adagio del derecho privado podemos decir entonces: *el patrimonio fideicomitado es prenda común de los acreedores del fondo fiduciario*”⁶⁰.

En la constitución de un fideicomiso o de una sociedad existe un acto similar: la exclusión por acto voluntario de parte de los bienes del patrimonio del que realiza la declaración de voluntad, y la formalización con esos bienes escindidos de un patrimonio distinto (bajo la administración de un tercero fiduciario en el fideicomiso o de una nueva organización en caso de constituirse sociedad). El paralelismo es importante.

Patrimonio distinto y una afectación son la base del patrimonio en fideicomiso⁶¹, que lleva a romper la subjetivación del patrimonio, que impone a la dogmática aceptar la división patrimonial construyendo la posición del patrimonio separado o especial⁶², pero a nombre del fiduciario. Se trata a la postre de una escisión patrimonial con efectos especiales determinados por la ley. La generación del patrimonio y los bienes que lo integran corresponde a una decisión negocial de quién escinde su propio patrimonio, pero los efectos los genera la ley y, eventualmente, el contrato o el testamento dentro de lo aceptado por la norma que construye el recurso técnico imputativo.

Los bienes fideicomitados forman un patrimonio especial, sólo alcanzado por las obligaciones que para su administración y explotación contraiga el fiduciario⁶³

El dogmatismo en considerar al fideicomiso como patrimonio separado y no como persona jurídica generó la reacción legislativa de alejar la insuficiencia patrimonial de los procedimientos concursales y de quiebra liquidativa.

3. La insuficiencia patrimonial en el fideicomiso es similar a la pérdida del capital social, no a la insolvencia.

Tomamos de Dasso: “ XVIII - LA INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO SEPARADO. La separación patrimonial establecida por el art. 14 de la Ley 24.441, determina, como consecuencia, que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones que éste asumiera en razón de fideicomiso, las que sólo pueden ser satisfechas con los bienes fideicomitados. - Su insuficiencia no provocará la quiebra sino la liquidación a cargo del fiduciario y conforme a las previsiones contractuales y, en subsidio a las disposiciones de los art. 23 y 24 de la Ley 24.441, coincidente con el art. 11 inc. d) de la R.G. 290/97 de la CNV.”.

⁵⁹ Nto. *PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y CONCURSO (notas sobre la causal de disolución, la opción para no liquidar la sociedad: reintegro y aumento y posibilidad de concursarla)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, setiembre 2010, n° 274, año XXIV tomo XXII pág. 1008.

⁶⁰ BONO, Gustavo Alejandro *Fideicomiso* cit. pág. 28.

⁶¹ LAPAULLE, Pierre *Traité Théorique et Pratique des Trusts en Droit Interne* en "Droit Fiscal et en Droit International", Ed. Rousseau Cia, París 1932, págs. 166/7.

⁶² ARITAZABAL GIRALDO, María Elena y otros en *Patrimonio especial de la fiducia mercantil*, Ed. Excelsior, Bogotá 1982, págs. 48 y ss., lo que corresponde a la fiducia colombiana donde se transfiere uno o más bienes a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente.

⁶³ Solución adoptada por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas: arts. 14 primera parte y 15 ley argentina n° 24.441, arts. 1227, 1233 y 1238 del Código de Comercio de Colombia, y art. 2° Ley de Fideicomisos de Venezuela.

Carlos Molina Sandoval, joven y profundo jurista, lo aborda⁶⁴: “La primera cuestión a tratar se vincula con el léxico elegido para definir la situación de impotencia patrimonial y su comparación con la noción concursal. El art. 16, ley 24441, habla de “la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender estas obligaciones”. Obviamente que las obligaciones a que hace referencia son las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso (o incluso el pasivo especialmente transferido) y no a las deudas del fiduciario o fiduciante que, al constituir un patrimonio separado (art. 14, ley 24441), no integran el marco patrimonial del fideicomiso. - Esta noción no coincide exactamente con el concepto del estado de cesación de pagos acuñado en el régimen concursal. Las características que la doctrina ha otorgado al denominado estado de cesación de pagos hacen del mismo un concepto *técnico-jurídico*.... A pesar de ello, la ley 24441 prohíbe quebrar al patrimonio fideicomitado y deberá efectuarse las averiguaciones suficientes a los fines de determinar el verdadero deslinde del patrimonio y liquidar el patrimonio fideicomitado”.

Es importante la insistencia de Molina Sandoval “Otra cuestión que tiene notable interés se relaciona con la real noción de insuficiencia patrimonial a los efectos de que nazca la obligación de aportar por parte del fiduciante, fideicomisario o beneficiario. Más concretamente si se requiere simplemente de una fórmula matemática en el cual si el activo es superior al pasivo (o sea, si hay patrimonio neto positivo) o es menester establecer algunos otros índices financieros o económicos que no tengan una visión tan global (v. gr., si el pasivo corriente es muy superior al activo corriente y se genera un desequilibrio financiero difícil de superar)”. Parece impropio introducir criterios concursales, cuando este mismo autor señala que debe recurrirse a la liquidación societaria. Dentro de ese desvelo se encuadra la posición de Junyent Bas⁶⁵, en meduloso artículo donde recorriendo todas las posiciones doctrinarias concluye “que la insuficiencia del patrimonio fideicomitado impone un régimen de liquidación paraconcursal con intervención judicial para asegurar los principios concursales...”. La intervención judicial dará garantías, pero sin duda alargará los trámites y minorizará la eficiencia de una liquidación privada. Baste ver los tiempos judiciales de los acuerdos preventivos “extrajudiciales”, o de juicios societarios de impugnación. Como venimos señalando tenemos otra visión de la cuestión, y una confianza en la capacidad del fiduciario para formalizar la liquidación de las obligaciones contraídas conforme la ley.

En el fideicomiso juega al máximo la diligencia del fiduciario como liquidador ante la insuficiencia patrimonial, debiendo actuar con tempestividad para iniciar la liquidación, evitando dañar a los acreedores y asumir responsabilidad⁶⁶.

Se trata de un centro de imputación al que se accedió por la autonomía de la voluntad y que, como los otros generados a través de la personificación, no permiten abusar y de generarse daño culposamente debe repararse. Adviértase que en el fideicomiso sólo se limitó la responsabilidad objetiva.

Las elucubraciones académicas sobre la quiebra del fideicomiso y el trámite concursal no deberían producirse si el fiduciario actúa conforme la previsión normativa. El activo será suficiente si actúa el fiduciario ante el atisbo de la insuficiencia patrimonial⁶⁷. Y si no actúa en

⁶⁴ “EL FIDEICOMISO EN LA DINÁMICA MERCANTIL - Estructura y configuración de la praxis negocial. formas extintivas y de insolvencia” (EDITORIAL ABACO, BUENOS AIRES 2.004):

⁶⁵ JUNYENT BAS, Francisco *La “insuficiencia” del patrimonio fideicomitado a la luz del art. 16 de la ley 24.44. El trámite liquidatorio: ¿Un proceso “extrajudicial” o “paraconcursal”*, al que accedimos cuando estábamos concluyendo este trabajo, y que se publicó en Semanario Jurídico – Fallos y Doctrina, Córdoba, jueves 14 de octubre de 2010, Comercio y Justicia, año XXXIII, pág. 541.

⁶⁶ Nto. “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Marzo de 2010. Córdoba. Allí nos referimos a la tempestividad para actuar frente a la crisis cualquiera sea el ente en dificultades, y por supuesto aplicables a todas las relaciones de organización, sean personificadas o “patrimonializadas”.

⁶⁷ Nto. *PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y CONCURSO (notas sobre la causal de disolución, la opción para no liquidar la sociedad: reintegro y aumento y posibilidad de concursarla)*, citado.

ese momento y se agrava la situación provocando la insolvencia, quizá enfrentemos otro tipo de juicio: el concurso o quiebra del fiduciario por los daños generados. Y ante su inconducta sin duda la previsión de “intervención judicial”.

4. Afirmando esa visión, consideramos que, en realidad, el legislador pensó en los remedios societarios para la crisis en caso de insuficiencia de capital o imposibilidad patrimonial de cumplimiento del objeto social, y excluyó al fideicomiso de los sistemas concursales y de quiebra, aproximándolo a la liquidación societaria.

Es que el legislador debe haber pensado como recientemente lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el obiter dictum en el caso Comercial del Plata al considerar el concurso como la última medida por su alto costo, judicialización y tiempos. En efecto, en fallo del 20 de octubre de 2009 la Corte formula una opinión sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto⁶⁸.

5. El “obiter dictum” es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

Sin duda la posibilidad de las soluciones extrajudiciales que deben practicarse imperativamente conforme la ley.

Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica. Lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo⁶⁹, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor⁷⁰.

⁶⁸ Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo –normalmente no integrada y por tanto improponible- Nto. *Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)* en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios -Nto. *LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA*, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina- Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en *UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES*, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009- Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentamos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta), pues se alejan del esfuerzo compartido. A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”.

⁶⁹ Nto. “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009: *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA* y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

⁷⁰ TRUFFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concurzalidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-⁷¹.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria. La ley de fideicomiso se enroló en esa idea, al apartarse de la noción de insolvencia, anticipando la liquidación ante una situación que la previene.

Ello no ocurre en el sistema societario, como lo sostuvimos el año pasado en la publicación convocada –como ahora- por el Instituto Argentino de Derecho Comercial, donde analizamos aquel fallo de la Corte y la solución societaria⁷².

Justamente Bono⁷³ expresa interrogantes “¿Cómo tramitarán las verificaciones de créditos?, ¿en que término?, y en su caso: ¿cuál será el efecto de una presentación tardía?, ¿Qué ocurrirá con los juicios pendientes iniciados con anterioridad a la liquidación?, en esos casos ¿perderá jurisdicción el Juez de la causa?, sólo el fiduciario decide la liquidación o también pueden pedirla uno o más acreedores?, y en este último caso: ¿Qué extremos deben acreditarse?”. Obviamente el fiduciario, como el liquidador de una sociedad debe ser un hombre serio y capaz para superar esos pequeños problemas. Sigue Bono: “Nos atrevemos a vaticinar que estos interrogantes terminarán siendo resueltos por los jueces en pleitos que por el vacío legislativo producido generarán más demora e inseguridad jurídica que los procesos concursales comunes”, apunta muy bien –y las soluciones son diferentes en la ley- que “No debe confundirse la resolución de relaciones establecida para el fideicomiso financiero (arts. 23 y 24) con la liquidación del fideicomiso común. La fundamental diferencia estriba en que la liquidación del fideicomiso financiero se resuelven entre *beneficiarios* (art. 19) alcanzados directamente por toda la previsión contractual del convenio fiduciario (art. 21 in fine)... Por el contrario, en el fideicomiso común, los acreedores son ajenos a la dinámica contractual interna, y pretenden verificar créditos con características disímiles, opuestos, cuestionados por otros acreedores...”.

En INSOLVENCIA Y FIDEICOMISO, Darío J. Graziabile apunta: “El problema de la insolvencia del fideicomiso debe verse desde diferentes aristas, en una primera, la posibilidad de concursamiento del patrimonio fideicomitado...queremos recalcar antes, la falta de coordinación legislativa y la multiplicidad de problemas concursales que trae la figura. Así es notoria la insuficiencia del tratamiento concursal del fideicomiso, la inadecuada interrelación entre las leyes y la falta de publicidad en la constitución del fideicomiso teniendo en cuenta que importe un desmembramiento del patrimonio en perjuicio de los acreedores. I. Concursamiento del fideicomiso. El interrogante que pueda surgir debemos adecuarlo preguntándonos si el

insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinitoLibrado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado. ...Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

⁷¹ “*El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*” en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

⁷² Nto. ¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE) En libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

⁷³ BONO, ob. cit. pág. 37.

patrimonio fideicomitido puede ser sometido a proceso concursal. La solución al planteo la da la determinación de la naturaleza jurídica de la figura, y el error surge de la ley 24.441, más allá de lo que expresamente se dispone en su art. 16. Pareciera que la ley entiende a los bienes fideicomitados como sujetos o materia de la insuficiencia (expresamente “insuficiencia de los bienes”), sin embargo la insuficiencia es del patrimonio especial de afectación o separado, el cual se presenta impotente o escaso. Debe considerarse el patrimonio en general, incluyéndose, en cuanto a los bienes, su posibilidad de realización y las obligaciones asumidas, ya que un mal financiamiento provocará la insolvencia incluso con existencia de bienes. La insuficiencia del patrimonio se traduce en una afección que le produce al mismo, un estado de cesación de pagos o insolvencia asimilable al presupuesto objetivo concursal, entendido como el desequilibrio económico que importa un estado patrimonial de imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones. Pero esta insuficiencia o insolvencia es parcializada y solamente se circunscribe en el área del patrimonio de afectación, aquel formado por el derecho fiduciario. En tal situación, es decir ante la insolvencia del patrimonio fiduciario, la ley prevé un procedimiento de liquidación sin quiebra (art. 16 ley 24.441), y ello no es más que un procedimiento concursal, distinto sí, para las intenciones del legislador, al concurso preventivo, la quiebra o el acuerdo preventivo extrajudicial, reglados por la ley 24.522, pero sin procedimiento específico. Y nos preguntamos si al ser incompleta la ley en la materia no deberá completarse el procedimiento indefectiblemente con la legislación concursal”.

El autor que seguimos apunta que “La ley dispone una liquidación que en principio sería extrajudicial realizada por parte del fiduciario. Digo en principio, porque no se puede descartar que ante alguna divergencia, la misma se haga judicialmente, lo que se produciría en la mayoría, sino en todos, los casos. También deberá liquidarse judicialmente cuando se encuentren afectadas cuestiones de orden público (ej. incapaces). - En principio y previo a la liquidación, el fiduciario puede reclamar otros recursos al fiduciante o beneficiario, si lo previese así el contrato. Ello presenta como problema principal, la situación del fiduciario respecto de la responsabilidad y la liquidación y en caso de hacerse ésta judicialmente, el procedimiento a aplicar”. Hasta aquí la transcripción.

La insolvencia no es un supuesto de una liquidación, y evita una mala gestión del fiduciario que debe hacerlo rápida y tempestivamente, y no tardíamente que ocurre en la práctica en las sociedades comerciales, alejándose de normas imperativas de la ley.

6. La liquidación privada⁷⁴.

Cuando la empresa-objeto-fin-causa del fideicomiso no es viable el fiduciario liquidador debe enfrentar con diligencia ese proceso liquidativo.

Insuficiencia patrimonial que no es insolvencia impondría esa liquidación, incluso a petición de acreedor –como veremos luego en caso jurisprudencia-. La liquidación privada no excluye su control judicial⁷⁵. Aporta Molina Sandoval “Por nuestra parte, pensamos que la correcta integración de la normativa aludida nos coloca frente a un “mix” normativo entre el sistema liquidatorio societario y el proceso concursal. Prueba de ello es que la liquidación estará a cargo del fiduciario (similar en cuanto a sus efectos al procedimiento liquidativo de los arts. 101 y ss., LSC)”.

Este procedimiento es mucho menos oneroso que la liquidación judicial en una quiebra y permitirá un mejor reparto de los activos.

⁷⁴ ¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE) En libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

⁷⁵ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel “Derecho Societario”, Ed. Astrea, 2º Edición actualizada y aumentada, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 385 y ss..

Ello no elimina la posibilidad de acciones de responsabilidad si el fiduciario hubiere incurrido en acciones u omisiones que generan daño imputable. Molina Sandoval expresa “Desde otra perspectiva, los acreedores del fideicomiso también están investidos de las acciones de responsabilidad en contra del fiduciario por el perjuicio ocasionado en la administración del fondo fiduciario. En este caso, deberán darse todos los presupuestos de la responsabilidad. Fundamentalmente deberá acreditarse que el fiduciario no ha obrado como un buen hombre de negocios (art. 6, ley 24441) y el nexo adecuado de causalidad entre el daño ocasionado al acreedor y el actuar del fiduciario”.

Recuérdese que dicho art. 6º usa la misma terminología que el art. 59 de la ley de sociedades comerciales, en relación a la actuación del fiduciario “con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de confianza depositada en él”. La ley de fideicomiso reemplaza la expresión “lealtad” de la ley comercial, patrón que de desconocerse tipifica el dolo, por la reafirmación de conceptos que alejen de la culpa: prudencia y diligencia⁷⁶.

¿Y si la liquidación no satisficiera la totalidad del pasivo? Obviamente los acreedores podrán accionar, pero carecerá de resultado práctico y se incurrirá en altos costos si no existieren acciones de responsabilidad o de integración de activos.

Sin duda la liquidación del fideicomiso debe sujetarse a un plan, como lo sostuviéramos para las sociedades en el artículo del año pasado para el Instituto Argentino de Derecho Comercial al que hemos hecho referencia. Plan que pondrá en conocimiento de los acreedores del fondo fideicomitado ante la posibilidad de no satisfacer integralmente sus acreencias, para demostrar su debida actuación. En forma alguna corresponde el cese total de la actividad si ello pudiera llevar a funestas consecuencias por pérdida de valor del patrimonio.

Además de un plan se impone el balance o rendición de cuentas, del que resulten las obligaciones contraídas y generadas. Balance que le servirá al fiduciario para actuar tempestivamente cuando se marque el primer atisbo de “insuficiencia patrimonial” (cinco centavos menos de activo que de pasivo, salvo expectativas de generar recursos con los activos bajo su gestión, con el riesgo de soportar los daños). Balance que deberá exhibir a los acreedores que dude satisfacer, para evitar acciones judiciales por aparente falta de diligencia. No dudamos que también debería poner a disposición de esos acreedores la documentación que dé respaldo a aquella información.

En trabajo de Carlino⁷⁷, aparecen manifestaciones muy importantes: “Final: el procedimiento liquidatorio es un plan de negocios ad-hoc. De igual modo puede analizarse la liquidación de la empresa: todo el proceso liquidatorio (Secc. XIII-Cap. I, LSC) debe responder a un plan, y aunque parezca impropio llamarlo de “negocios”, lo cierto es que el liquidador debe finiquitar los negocios pendientes, aunque ello signifique llevar a cabo algunas actividades propias de un administrador, sea para no malvender las existencias de bienes de cambio, para finalizar los procesos productivos en curso de ejecución, para no interrumpir abruptamente la provisión ya convenida a terceros y generar litigios, etcétera. - Es obvio que la designación e inscripción del liquidador no significa un inmediato cierre de la actividad empresarial, salvo excepciones provenientes de la particularidad del objeto social. - Desde esta perspectiva, bien puede el art. 103 LSC leerse como una formulación ad hoc del plan de negocios, más que como una mera formalidad que debe cumplir el liquidador so pena de ser removido y pasible de responsabilidades. - Es que el final del proceso de liquidación ofrece tres alternativas: 1) Que el producido de la liquidación de los activos no alcance para cancelar los pasivos, lo que dará lugar a que “... Cuando los fondos sociales fueran insuficientes para satisfacer las deudas, los liquidadores están obligados a exigir de los socios las contribuciones debidas de acuerdo con el tipo de la sociedad o del contrato constitutivo” (art. 106). 2) Que extinguido el pasivo social, del

⁷⁶ En el mismo sentido Márquez, ob. cit. pág. 119.

⁷⁷ CARLINO, Bernardo *Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)* en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo, donde podrá consultarse íntegramente.

remanente los liquidadores reembolsen las partes de capital en proporción a la participación de cada socio en las ganancias, o lo que diga el contrato a contrario. 3) Que no quede remanente alguno. -Cuál de ellas devendrá finalmente como resultado, dependerá de la correcta formulación del “plan” para esta etapa que proponga el liquidador y aprueben los socios en la oportunidad de los arts. 103, 104, 107 y 109 LSC. - La última y mínima expresión del plan de negocios está contemplada en el art. 110, al que la ley titula precisamente “plan de partición”, que se trata del balance final y el proyecto de distribución de los excedentes, cuya aprobación está sujeta a una serie de formalidades previstas en esa norma, pero de tal entidad que al art. 111 manda agregar al legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio para se proceder a su ejecución. - Lo que cerraría el ciclo vital del plan de negocios, si se admite que su nacimiento reside en la etapa pre contractual de generación del negocios económico”.

Hasta aquí las reflexiones de Bernardo Carlino sobre el punto específico de la liquidación privada ante la existencia de una causal de disolución no removible.

Se supone que el fiduciario realizará balances auditados, conforme la importancia del patrimonio gestionado, y si se demuestra que los activos no alcanzan a cubrir el pasivo deberá proceder a la liquidación.

Conforme dispone el art. 103 LS “Los liquidadores están obligados a confeccionar dentro de los treinta días de asumido el cargo un inventario y balance del patrimonio social”. Su incumplimiento es causal de remoción y “les responsabiliza por los daños y perjuicios ocasionados”⁷⁸.

Además deberán confeccionar balances periódicos, haciéndolos públicos cuando formalicen una liquidación parcial o la definitiva (arts. 107 con publicidad similar a la reducción de capital, 109 y 111 conforme al cual el balance final y el proyecto de distribución aprobados se agregarán al legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio, y se procederá a su ejecución”). Estos balances y distribuciones societarias dan por sentado que todas las obligaciones asumidas por el patrimonio escindido serán satisfechas, por lo que entendemos que si ello no es así deben publicarse para permitir la impugnación por parte de los acreedores, que sin duda podrán promover juicios de cobro.

7. Ratificando la anticipado y transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la liquidación privada, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente..”⁷⁹

Aplicable al fideicomiso, Carmen Boldó Roda expresó en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (La Falda, Rep. Argentina 2007) sobre la infrapatrimonialización, que al impedir el cumplimiento del objeto social genera responsabilidad de los administradores. Podemos agregar que esta especialmente impuesta a los liquidadores con similitud a la de los administradores, conforme el art. 108 LS, imponiéndose informes trimestrales (art. Art. 104 LS)⁸⁰.

8. Así, en la causa "Fideicomiso South Link Logistics I s/ pedido de quiebra (promovido por Embal System SRL)" - CNCOM - 03/04/2009⁸¹, se señaló: "La quaestio voluntatis del legislador ha sido, sin duda, excluir de los sujetos pasibles de ser declarados en quiebra el patrimonio separado conformado por los bienes fideicomitados. Así las cosas, como

⁷⁸ ROITMAN, Horacio y colaboradores Hugo A. Aguirre y Eduardo N. Chavassa “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada, Ed. La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II p. 546.

⁷⁹ BELTRAN SANCHEZ “La responsabilidad por las deudas sociales” citado a pág. 154 párrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

⁸⁰ Richard-Muñoz ob. cit. tomo I p. 387.

⁸¹ elDial.Express Año XII - N° 2793 Viernes, 5 de Junio de 2009elDial.

consecuencia de la mentada separación patrimonial, los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en ejecución del fideicomiso, sino que las mismas son satisfechas con los bienes fideicomitidos -art.16, LF-. Del contexto normativo que rige la especie y, aún cuando la recurrente alude a su condición de acreedor del fideicomiso, resulta de menester señalar que sin perjuicio de la responsabilidad que eventualmente pudiera caberle al fiduciario (arts. 6° y 7°, LF), de la inoponibilidad y, en su caso, de la anulación de los actos, v.gr., gravámenes realizados en violación de lo normado por el art. 17, LF -arg. art. 2.670 in fine, Cód. Civil-, es determinante en la cuestión de que aquí se trata que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender tales obligaciones no da lugar a la declaración de quiebra del fideicomiso, sino que tal como lo prevé su régimen regulatorio debería procederse a su liquidación (cfr. arg. Fernandez- Gómez Leo " Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial", T. IV, pág. 228 y ss).... La ley específica que regula esta materia establece con absoluta claridad que el patrimonio fideicomitado no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia, se trate de un fideicomiso común o financiero... En lo atinente a su pretensión subsidiaria de encausar este proceso para obtener la "liquidación del fideicomiso", cuadra afirmar que el hecho de haberse optado por la vía del pedido de quiebra, que es un trámite específico y puntual con consecuencias también específicamente regladas por la ley, obsta a la "transformación" pretendida, cuando existe una clara disposición legal que veda puntualmente la quiebra del fideicomiso."

9. Como apostillas agregamos que en todo supuesto se deben aplicar las normas imperativas de disolución de las sociedades, y en su caso las de responsabilidad prevista en el art. 99 LSC, por imperio de la remisión a la forma de liquidación societaria prevista para el fideicomiso.

También hemos adelantado que la impotencia patrimonial debe entenderse en forma similar que la pérdida del capital social, o sea cuando el pasivo no puede ser atendido por el activo, o por los frutos que genere el activo conforme una apreciación razonable.

VI – ALGUNAS CONCLUSIONES.

El fideicomiso comporta una modalidad para afectar un patrimonio a un fin.

Limitar esa finalidad, entendiendo que algunas de ellas pueden corresponder a negocios exclusivamente organizable como sociedad, importa anticipar un juicio sobre el uso abusivo que sólo resulta importante en caso de haberse generado perjuicio, situación que autoriza acciones contra quién actuó o usó abusivamente del fideicomiso.

El fideicomiso no libera de responsabilidad subjetiva al fiduciario, quién debe actuar diligentemente y responder por omisiones u acciones que hayan generado daño. Se debe presumir que el fiduciario actuará como un “buen hombre de negocios”, sujeto a principios éticos y de responsabilidad social empresaria, evitando incurrir en responsabilidades.

La insolvencia del fideicomiso no es un supuesto probable dentro del sub sistema creado, pues al igual que en las sociedades el concurso o quiebra no debería devenir si se aplicaran las normas imperativas del régimen especial, y de producirse podría estar íntimamente vinculado a acciones u omisiones de los administradores, o abusos de los controlantes, que permitirían promover acciones resarcitorias de los daños causados.

La ley del fideicomiso al imponer la liquidación ante “la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender estas obligaciones”, ha generado un supuesto similar a la “pérdida del capital social” en las sociedades, situación muy diferente a su insolvencia o cesación de pagos, que actúa preventivamente evitando se agrave la crisis.

Como en las palabras iniciales de tercero con la que subrayamos la “prisa”, entendemos que las referencias a la quiebra del fideicomiso, que preocupa muchísimo a la doctrina, resulta más de prácticas viciosas de “emprendedores” con prisa para hacer ganancias, que de los límites normativos impuestos por el legislador. Por eso recordamos que actuando dentro de estos límites jamás asume responsabilidad.
