

UNIVERSIDAD AUSTRAL

Tesis para optar al título de Magíster en Derecho Empresario



***“EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO ALTERNATIVA
AL CONCURSO PREVENTIVO”***

Alumno: Dr. Ariel Alejandro Gilbarg

Director de Tesis: Mag. Dario Campos

2012

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar alternativas extrajudiciales con el fin de encontrar una solución de carácter preventivo para el deudor con problemas de solvencia económica o financiera.

Así, ofreceremos una alternativa que le permita al empresario seguir con el giro habitual de su empresa, sin devenir en un estado falencial, entendiendo que tal hecho no haría más que agravar la situación del deudor, por exigir la erogación de cuantiosas costas judiciales, honorarios profesionales, extensión en el tiempo de su situación falencial como consecuencia de los prolongados concursos preventivos, como también, los perjuicios que le generará la condena social de quien “cae en desgracia”, ya sea por el concursamiento de la empresa, o bien por su quiebra.

En tal sentido, proponemos adoptar medidas de salvataje extrajudiciales de modo preventivo para refinanciar el pasivo empresario, mediante acuerdos preconcursales instrumentados a través de fideicomisos de garantía, por las consideraciones que desarrollaremos en el presente trabajo.

Para ello, a continuación:

- a- Estudiaremos la figura del fideicomiso, por entender que este instituto ofrece herramientas favorables y atractivas para el deudor al momento de negociar la reestructuración de su deuda con los acreedores, ofreciendo, a través de la constitución de un patrimonio de afectación, mayores garantías para los acreedores;
- b- Observaremos en el fideicomiso de garantía un marco jurídico adecuado en el cual los acreedores se verán resguardados con la garantía fiduciaria y autoliquidable que ofrece tal figura, por destinarse el patrimonio fiduciario a garantizar el pago de sus acreencias;
- c- Analizaremos los beneficios que presentan los acuerdos preconcursales, por entender que estos ofrecen condiciones más ventajosas para los acreedores y para los deudores

que desean la continuidad de la explotación empresarial, por las diversas razones que los motivan a celebrarlos, como ser, para los deudores, la de continuar con su fuente de empleo y generación de riquezas, y para los acreedores, las de hacerse de sus acreencias, en el menor tiempo posible, con mayores garantías y a bajos costos;

d- Finalmente, frente a los beneficios de las figuras en análisis, observaremos como la celebración de un acuerdo preconcursal instrumentado a través de un fideicomiso de garantía, generará para las partes, más garantías, a menores costos, disminuyendo riesgos, y con mayor celeridad, que las que generaría un acuerdo judicial.

I.- EL FIDEICOMISO

I.1.- Nociones Generales

En los albores de este instituto, los fideicomisos, y especialmente los de contenido hereditario, no tenían fuerza ejecutoria, es decir, carecían de juridicidad, pues ninguna persona podía ser obligada a cumplir aquello que se le había rogado, y precisamente se denominaban así (*fideicommissum* – fideicomiso; *commitio* – comisión o encargo de la fe) porque no se apoyaban en ningún motivo de derecho, sino solamente en la confianza y buena fe que el institutor depositaba en los que eran requeridos o rogados para cumplir con determinado encargo.

El fideicomiso en sus orígenes, era entendido como una rogación o encargo que una persona efectuaba a otra, sobre la base de la confianza que se le depositaba, para que cumpliera con determinada gestión.

En el derecho argentino el fideicomiso se encuentra regulado por una ley especial, la ley 24.441, y en el Código Civil, en el Título VII “*Del dominio imperfecto*”, del Libro III, cuando el artículo 2662 expresa que: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por un contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato.*”

A pesar de encontrarse históricamente regulado en el código velezano la figura del fideicomiso, su aplicación práctica ha sido limitada hasta la sanción de la ley 24.441, habiéndose utilizado en raras excepciones la herramienta jurídica del fideicomiso.

Ello así, hasta que a fines del año 1994, y con el propósito de paliar el déficit habitacional respecto de viviendas familiares, se sancionó la ley 24.441 que despertó de su letargo al fideicomiso de contenido civilista, elevando al instituto a una categoría práctica de aplicación, y con efectos ultraactivos.¹

¹ LASCALA, Jorge Hugo, *Practica del Fideicomiso*, Buenos Aires, Ed. Astrada, 2005, p. 13.

Así, se argumentaba parlamentariamente en favor del dictado de la ley, que una política tendiente a captar inversiones o formar flujos de fondos dinerarios con miras a impulsar el desarrollo de la construcción y la consecuente compra de unidades en condiciones accesibles a la mayoría de los habitantes, era una necesidad permanente que no debería ser soslayada, y de ahí el tratamiento de un tema tan delicado por parte de las autoridades legislativas y económicas, que condujera al dictado de la citada ley, conocida con el nombre de “Financiamiento de la vivienda y la construcción.”²

I.2.- Consideraciones y evaluación del Fideicomiso en la ley 24.441

La ley 24.441 introduce la normativa aplicable al fideicomiso, permitiendo dos formas de constitución: por actos entre vivos o por vía testamentaria. En el primer supuesto, su creación tiene un origen convencional y resulta, por lo tanto, de un acto jurídico bilateral, con todos los efectos de los contratos, más los que son propios de la figura del fideicomiso (efectos principales, accesorios, entre partes, respecto de terceros, etc.). En el segundo caso, su creación opera *mortis causae* y se trata de un acto jurídico unilateral instrumentado por medio de un testamento.

Lascala³ entiende que la ley introduce el concepto de patrimonio separado con titularidad de un sujeto denominado fiduciario, cuando, a criterio del autor, se debería haber introducido el concepto de “patrimonio de afectación”, tal como lo hace el Código de Québec, sin reconocer la titularidad en el sujeto rogado, quien solamente ejercería actos de administración de tal patrimonio afectado, ya que ello responde más acabadamente al espíritu del instituto.

Compartimos la opinión del mencionado autor, por entender que el fideicomiso en la forma en que se encuentra planteado en nuestro derecho, tal como surge del espíritu de la ley 24.441, constituye una forma efectiva de acotar riesgos, aislar bienes y darles a éstos un destino a futuro.

² LASCALA, Jorge Hugo, *ob. cit.*, pag. 14.

³ *Ibidem*, pag. 12.

La labor del fiduciario es un tema central del fideicomiso en relación a la administración de los bienes que le han sido confiados, hasta el momento en que corresponda distribuirlos según la intención del fiduciante vertida en la rogación.

Caracteriza a esta figura también su temporalidad, ya que según la ley no puede extenderse por más de treinta años –salvo excepciones vertidas en la norma- y normalmente dura el tiempo que transcurre hasta que se cumplan los propósitos para los cuales ha sido creada.

Otro aspecto de la figura es que durante su vigencia el fiduciario es el “dueño aparente del bien fideicomitado” y nadie puede interferir con esa propiedad, ni siquiera los beneficiarios.

Así, los bienes afectados al fideicomiso, han dejado de pertenecer al fiduciante, tampoco son del fiduciario, y no son de los beneficiarios, que tienen que esperar el cumplimiento de un plazo o de una condición para que les sean adjudicados. En tal sentido, los bienes pertenecen al fideicomiso en tanto dure el plazo o condición por el cual fue constituido.

Sintetizando, podríamos entender que los puntos esenciales son la designación del fiduciario, su aceptación, la identificación del bien, la duración del fideicomiso sujeta a un plazo o a una condición, y si correspondiese, las limitaciones establecidas respecto de las facultades del fiduciario para disponer del bien o gravarlo.

Distintas y variadas son las aplicaciones prácticas del fideicomiso, como ser:

- Fideicomiso de Inversión;
- Fideicomiso de Garantía;
- Fideicomiso de Administración;
- Fideicomiso de Seguros;
- Fideicomiso Inmobiliario; etc.

I.3- Concepto

En general, con sutiles diferencias conforme las distintas legislaciones del mundo y lo expresado hasta aquí en este trabajo, podríamos decir que hay fideicomiso cuando una persona, denominada fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra, denominada fiduciario (*trustee* en el *trust*), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato como beneficiario, y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al propio fiduciante o al beneficiario o beneficiarios⁴. Se trata, en fin, de un instrumento jurídico que permite separar la gestión y el disfrute del patrimonio.

NAVARRO MARTORELL⁵ lo define como el contrato por el cual una persona (fiduciario) recibe de otra (fiduciante), que confía en ella una titularidad de derecho a nombre propio, comprometiéndose a usarla sólo en lo preciso para el fin restringido acordado, en interés suyo, y del transmitente o un tercero.

El fideicomiso, entonces, es el negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes con el objeto de que sean destinados a cumplir un fin determinado.

Aquí se destacan dos aspectos claramente definidos, el primer aspecto es la transferencia que hace el fiduciante de la propiedad fiduciaria del bien; y el segundo aspecto es el mandato de confianza indispensable para poder constituir un fideicomiso.

Entonces, de ese modo, el rasgo que caracteriza y distingue al fideicomiso de los demás negocios fiduciarios es la *transferencia de propiedad a título de confianza*⁶. De no darse este supuesto, habrá otro tipo de negocio fiduciario, pero no habrá un fideicomiso. La transferencia de la propiedad del bien, sobre el que recae el negocio, efectuada a título de confianza, es característica única y definitoria del fideicomiso. A través de ella se

⁴ BELLO KNOLL, Susy Inés, "*Fideicomiso Público*", Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España 2011. http://gredps.usal.es/jspui/bitstream/.../DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf

⁵ NAVARRO MARTORELL, Mariano, "*La propiedad fiduciaria*", Editorial Bosch, Barcelona, 1950 citado por LENARDON, Fernando Roberto, "*Fideicomiso gubernamental*", Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 25.

⁶ FREIRE, Bettina, "*El Fideicomiso, sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*", Primera Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pag. 57.

transmite el título para disponer de los bienes objeto del negocio, dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de los fines perseguidos en el acto constitutivo.

I.3.a) De la transmisión “a título de confianza” en el Fideicomiso

Tal como venimos señalando, la base de esta relación, en principio contractual entre fiduciante y fiduciario, nace de la “confianza” que ambos se tienen y es la esencia del vínculo que se crea entre ellos y que debe perdurar durante el transcurso de la ejecución del objeto para el cual se constituyó el fideicomiso.

Conforme el artículo 2 del Convenio de La Haya de 1985⁷, el *Trust*, o Fideicomiso, se refiere a relaciones creadas por una persona (el constituyente) que coloca bienes bajo el control de otra (*trustee*) en interés de un beneficiario.

El carácter a título de confianza de la transmisión de los bienes fideicomitidos no debe confundirse con el carácter que pueda tener el acuerdo mismo de fideicomiso. La transmisión fiduciaria no se realiza a título oneroso ni gratuito porque el fiduciante no recibe por la transmisión de los bienes contraprestación alguna.

I.3.b) De la naturaleza del Fideicomiso

La transferencia fiduciaria no es onerosa porque el fiduciario no le da nada a cambio del bien al fiduciante y tampoco es gratuita, porque éste no le obsequia la propiedad al fiduciario, quien la recibe sólo para ejecutar el encargo⁸.

Para el fiduciario el negocio seguramente será oneroso porque pretenderá una retribución por su gestión⁹. Tanto su remuneración como el reintegro de gastos pueden provenir del patrimonio fiduciario como estar a cargo del fiduciante o deducirse de lo que corresponda al beneficiario o al fideicomisario.

⁷ BELLO KNOLL, Susy Inés, *ob. cit.*, http://gredps.usal.es/jspui/bitstream/.../DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf

⁸ SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., “*El fideicomiso y el fraude*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

⁹ BELLO KNOLL, Susy Inés, *ob. cit.*, http://gredps.usal.es/jspui/bitstream/.../DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf

En efecto, el fideicomiso será oneroso o gratuito en función de que el fiduciario reciba o no una retribución por su gestión¹⁰. En el fideicomiso, debe recordarse, las partes gozan de amplia libertad para regular su actuación.

También podríamos decir que en el fideicomiso se advierten dos relaciones jurídicas distintas: una de contenido real que comprende la transmisión de bienes o derechos, y que genera efectos jurídicos *erga omnes*, por lo que deben guardarse las solemnidades del caso al momento de transmitir el bien fideicomitido según la naturaleza del objeto; y otra relación jurídica de contenido personal, y que comprende la obligación de cumplir el encargo que es la finalidad del fideicomiso, con la consecuente responsabilidad personal del fiduciario respecto del beneficiario y del fiduciante, quienes en caso de incumplimiento, o de cualquier motivo por el cual no se cumpliera con el objeto del contrato, pueden exigir el cumplimiento del objeto, y, en su caso, reclamar los daños que pudiera generar el mal desempeño del cargo.

I.3.c).- Puntos esenciales del Fideicomiso

Los puntos esenciales del Fideicomiso son la designación del fiduciario, su aceptación, la identificación del bien, la duración del fideicomiso sujeta a un plazo o a una condición, y si correspondiese, las limitaciones establecidas respecto de las facultades del fiduciario para disponer del bien o gravarlo¹¹. De haber un inmueble entre los bienes objeto del pacto de fiducia, será necesario acudir a la escritura pública por un principio de accesoriedad legal, ya que la transmisión del bien al fiduciario inexcusablemente deberá efectuarse por dicho medio, encontrándose ambos elementos instrumentales ligados desde un principio por un mismo nivel de solemnidad y certeza.

I.4.- Sujetos que intervienen en el Fideicomiso

Tradicionalmente en la doctrina nacional y extranjera, las partes intervinientes en el contrato de fideicomiso son, en principio, tres: fiduciante, fiduciario y beneficiario.

¹⁰ BELLO KNOLL, Susy Inés, *ob. cit.*,
http://gredps.usal.es/jspui/bitstream/.../DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf

¹¹ LASCALA, Jorge Hugo, *ob. cit.*, p. 15

La ley argentina ha creado en su artículo 1° una cuarta figura: el fideicomisario, queriendo así diferenciar al fideicomisario del beneficiario.

1.4.1.- Sujetos

Es importante identificar con claridad los sujetos que intervienen en la figura en estudio:

1) el fiduciante, fideicomitente, constituyente o *settlor*¹², -las que serán indistintamente utilizadas durante el transcurso del presente-, es aquel sujeto que transmite el bien en fideicomiso y que podrá coincidir con la persona del beneficiario y/o fideicomisario en algunas ocasiones;

2) el fiduciario o *trustee*¹³ que es el que debe cumplir con las obligaciones que impone el contrato y que, está sujeto a un estricto control de gestión porque, tal como se encuentra normado en el artículo 7° de la ley 24.441, el fiduciario debe rendir cuentas cuanto menos una vez al año;

3) el beneficiario o *beneficial owner*¹⁴, es el sujeto que recibe los beneficios que emanan de la gestión del fiduciario respecto de los bienes fideicomitidos.

4) el fideicomisario, que en nuestro derecho surge del artículo 1° de la Ley 24.441. Este sujeto no aparece en todas las regulaciones referidas al fideicomiso y será en definitiva quien reciba para sí los bienes en última instancia una vez concluido el fideicomiso, es decir, una suerte de beneficiario final.

En el *trust* se denomina “*beneficiario de capital*”¹⁵. El fideicomisario tiene únicamente una simple expectativa de adquisición por lo que su derecho es necesariamente de naturaleza condicional pero como es la persona a favor de quien debe llevarse a cabo la restitución del bien fiduciario, es indispensable que exista él o su sustituto, al tiempo de la restitución aunque no haya sido determinado en la constitución del fideicomiso.

¹² BELLO KNOLL, Susy Inés, *ob. cit.*,

http://gredps.usal.es/jspui/bitstream/.../DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

Entre los sujetos que integran un contrato de fideicomiso, se pueden clasificar los mismos como:

I.4.1.a) Partes necesarias¹⁶

- a.1. El fiduciante: que es quien transmite los bienes.
- a.2. El fiduciario: es quien recibe y adquiere los bienes en propiedad fiduciaria.

I.4.1.b) Terceros interesados¹⁷

- b.1. El beneficiario: es quien recibe los beneficios del fideicomiso.
- b.2. El fideicomisario: es el destinatario final de los bienes fideicomitidos.

Los sujetos indicados en b) no son partes del contrato. Sólo el fiduciante y el fiduciario son partes del contrato. Estos terceros interesados: el "beneficiario", quien percibe los beneficios que produzca el ejercicio de la propiedad fiduciaria por el fiduciario, y el "fideicomisario", como el destinatario final de los bienes fideicomitidos se rigen por lo que denominamos estipulaciones a favor de terceros del Código Civil¹⁸ como por ejemplo el artículo 504¹⁹, 1161²⁰ y 1162²¹ del Código Civil Argentino.

I.4.1.1.- El Fiduciante

Es el constituyente del fideicomiso, es decir, el sujeto que transmite la titularidad de bienes o derechos al fiduciario. Puede ser una persona física o jurídica.

¹⁶ BELLO KNOLL, Susy Inés, *ob. cit.*,

http://gredps.usal.es/jspui/bitstream/.../DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf

¹⁷ Ibídem

¹⁸ SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., *ob. cit.*, pág. 1193-1198.

¹⁹ Código Civil Argentino, Art. 504: "Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada.

²⁰ Código Civil Argentino, Art. 1161: "Ninguno puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo. El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato."

²¹ Código Civil Argentino, Art. 1162: "La ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre, o en cuyo interés se hubiese contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa, y le da derecho de exigir el cumplimiento del contrato. Las relaciones de derecho del que ha contratado por él, serán las del gestor de negocios."

El fiduciante puede ser, al mismo tiempo, beneficiario cuando constituye el fideicomiso a su favor.²²

I.4.1.1.a).- Derechos y obligaciones del Fiduciante

Los derechos y obligaciones tanto del fiduciante como del resto de los sujetos que intervienen en el fideicomiso es uno de los temas más importantes en la materia, ya que existen muy pocas previsiones en la ley 24.441, quedando así las partes intervinientes en gran libertad para pactar todo aquello que conduzca a la consecución de sus fines, con el único límite que le impone el deber genérico de no dañar a otro, ni utilizar el fideicomiso para violar otras normas legales de carácter indisponible o contra la moral y las buenas costumbres.

I.4.1.1.a.1) Principio General. Derechos reservados.

El fiduciante tiene, entre sus principales derechos, el de designar quien será el fiduciario del fideicomiso. Así, puede elegir que persona física o jurídica llevará adelante el objeto encomendado en el contrato de fideicomiso, quedando habilitado a designar a uno o a más fiduciarios para que realicen el encargo conjuntamente.

El fiduciante puede mantener durante la vida del fideicomiso otros derechos que resulten de la expresa reserva que haya hecho a su favor en el acto constitutivo o que le sean conferidos por la ley. El fiduciante podrá reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso. Tal supuesto está expresamente previsto en algunas legislaciones, como por ejemplo la mejicana.²³

En la legislación argentina, el artículo 25 dispone que: *“El fideicomiso se extinguirá por...b) La revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad”*, y el artículo 17 establece que: *“El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados, cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello*

²² FREIRE, Bettina, *“El Fideicomiso, sus proyecciones en los negocios inmobiliarios”*, Primera Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pag. 110.

²³ FREIRE, Bettina, *“El Fideicomiso, sus proyecciones en los negocios inmobiliarios”*, Primera Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pag. 131.

sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiera pactado lo contrario”.

El legislador ha previsto que el fiduciante puede reservarse la facultad de revocar el fideicomiso y de autorizar cualquier acto que implique disponer o gravar los bienes fideicomitidos.

Así, tal como consagra el art. 3270 del Cód. Civil: *“Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”*, entendemos que el fiduciante podrá reservarse otras facultades, como la de usar el bien por sí o por un tercero, administrar todos o ciertos bienes, o tener que ser consultado ante ciertos actos de administración.

Derechos del Fiduciante:

El fiduciante tiene derecho por ley, o por disposición expresa en el contrato, a:

- Revocar el fideicomiso;
- Exigir rendición de cuentas;
- Exigir al fiduciario el cumplimiento, y ejercer la acción de responsabilidad en su contra;
- Ejercer acciones para la defensa de los bienes fideicomitidos;
- Solicitar la remoción judicial del fiduciario, por incumplimiento de sus obligaciones; etc.

I.4.1.2.- El Fiduciario

Es la persona física o jurídica (siendo ello indiferente de acuerdo al artículo 5° de la ley 24.441), que adquiere los bienes, con el objeto de cumplir con el encargo, dándole el destino determinado por el fiduciante en el contrato o en el testamento. Para ello deberá administrar, enajenar o realizar los actos pertinentes respecto de los bienes fideicomitidos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo.

Por ser de la naturaleza y esencia del fideicomiso la necesidad de que el encargo se cumpla, se encuentra reglamentado en el art. 10 de la ley 24.441²⁴, la posibilidad de sustitución del fiduciario, para el caso de que el fiduciario designado cese en sus funciones por los motivos enunciados en la norma. Esto permite la permanencia en el tiempo hasta el límite legal de treinta años establecido en el art. 4º, inc. c.

La sustitución del fiduciario se realiza de manera tal que unos se suceden a otros en caso de no aceptación o ausencia, y en ante la ausencia de previsión contractual, se designa judicialmente.

I.4.1.2.a) Derechos y obligaciones del Fiduciario

I.4.1.2.a.1.- Principio General

En materia de derechos del fiduciario, se parte de la premisa de que éste tiene facultades plenas para cumplir con la finalidad señalada por el fideicomiso, con las limitaciones que surjan de los términos del encargo o de las reservas hechas por el fiduciante en el momento de constitución.

En tal sentido, se entiende que el principio general que domina el funcionamiento del fideicomiso es el siguiente: el fiduciario debe actuar para que la voluntad del constituyente se cumpla en forma plena a través de la adecuada conservación y custodia de los bienes recibidos, material y jurídicamente²⁵. En tal sentido, el art. 6º de la ley impone al fiduciario el deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en el.

Así debe cumplir con lo indicado en el fideicomiso en relación a la función asignada ajustándose estrictamente a la ley y debe hacerlo de buena fe, es decir con ausencia de

²⁴ Ley 24.441, Art. 10: “Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”.

²⁵ FREIRE, Bettina, *ob. cit.*, pag. 118.

toda intención defraudatoria.²⁶

Al igual que al fiduciante, los derechos y obligaciones del fiduciario surgen expresamente de la ley, o, según el caso, de la convención de partes. Principalmente, los derechos y obligaciones que asisten al fiduciario son:

- Realizar actos de administración y de disposición;
- Mantener los bienes del fideicomiso separados de sus bienes personales;
- Proteger los bienes fideicomitidos, y transferirlos oportunamente a quien corresponda;
- Rendir cuenta de su gestión;
- Le está prohibido adquirir para sí los bienes fideicomitidos;
- Responsabilidad del fiduciario limitada, en tanto actúe en calidad de tal, respondiendo únicamente, en principio, con los bienes fideicomitidos.
- Derecho a percibir una remuneración, y el reembolso de los gastos; etc.

1.4.1.3.- El Beneficiario

Es la persona que, en virtud del negocio jurídico, debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los bienes fideicomitidos al momento estipulado, o al vencimiento del plazo máximo legal.²⁷

Entiende Rodríguez Azuero²⁸ que el beneficiario es aquel a cuyo favor se ha establecido la prestación o prestaciones implícitas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

El beneficiario puede ser una persona ajena a la relación, como también el mismo fiduciante. Por su parte pueden ser uno o varios los beneficiarios, caso en el cual se entenderá lo establecido en el art. 2, apartado 2º de la ley 24.441: “*Podrá designarse*

²⁶ Citando a CUENA BOY Francisco, BELLO KNOLL, Susy Inés, *ob. cit.*
http://gredps.usal.es/jspui/bitstream/.../DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf

²⁷ FREIRE, Bettina, *ob. cit.*, pag. 113.

²⁸ Citando a RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, FREIRE, Bettina, *ob. cit.*, pag. 113.

más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiaran por igual”.

I.4.1.3.a)- Derechos y obligaciones del Beneficiario

Enunciamos algunos de los derechos de los beneficiarios²⁹:

- Exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines del fideicomiso;
- Requerir al fiduciario la rendición de cuentas;
- Solicitar la remoción judicial del fiduciario, por incumplimiento de sus obligaciones;
- Demandar la responsabilidad del fiduciario;
- Transmitir sus derechos por acto entre vivos o *mortis causa*, salvo disposición en contrario del fideicomiso;
- Rechazar el fideicomiso; etc.

Normalmente no hay obligaciones que deba cumplir el beneficiario, salvo en casos excepcionales o en los fideicomisos financieros donde generalmente se compromete al cumplimiento de una prestación.³⁰

I.4.1.4.- El Fideicomisario

En la casi totalidad de las legislaciones extranjeras se trata al fideicomisario como aquel sujeto que recibe los beneficios del fideicomiso.

Nuestra ley 24.441 señala que a quien recibe tales beneficios se lo denomina “beneficiario”, llamando “fideicomisario” al sujeto al que le serán transmitidos los bienes fideicomitidos o su remanente en el momento en que opere la extinción del fideicomiso³¹. Así dispone el art. 26 que una obligación a cargo del fiduciario consiste en entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, cuando se produzca la extinción del fideicomiso.

²⁹ Citando a LENARDON, Fernando Roberto , BELLO KNOLL, Susy Inés, *ob. cit.*, http://gredps.usal.es/jspui/bitstream/.../DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf

³⁰ BELLO KNOLL, Susy Inés, *ob. cit.*, http://gredps.usal.es/jspui/bitstream/.../DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf

³¹ LASCALA, Jorge Hugo, *ob. cit.*, pag. 97.

I.4.1.4.a)- Derechos y obligaciones del Fideicomisario

- Recibir los bienes fideicomitidos o su remanente, una vez que se encuentre extinguida la rogación fideicomisaria;
- Como contrapartida de lo dispuesto en el art. 26 y en el art. 4° inc. d) de la ley 24.441, le asiste derecho a exigir la entrega de los bienes fideicomitidos una vez extinguida la rogación.
- El fideicomisario podrá ejercer acciones en favor del fideicomiso, sustituyendo al fiduciario, cuando este, sin motivo suficiente, no ejerciera las acciones correspondientes. Ello no obstante no encontrarse expresada en la ley tal solución. Existen autores como Lascala³², que entienden que se encontraría legitimado el fideicomisario para intervenir ante la omisión del fiduciario.
- Pago de prestaciones cuando se tratare de un fideicomiso oneroso, siendo aquel en que se impone una contraprestación al beneficiario o fideicomisario, y en este caso, la principal obligación consiste en el cumplimiento de aquélla en tiempo y forma oportuno a favor de quien se encontrare estipulado.³³
- Cooperación en la recepción de los beneficios, de una manera diligente y no entorpecedora, realizando todas las diligencias útiles y necesarias y realizando todos los actos tendientes a transformarse en titular de esas prestaciones.
- El Fideicomisario deberá cumplir con todas las obligaciones a que estuviere sometido emergentes de los actos constitutivos y algunas no impuestas pero que emergen de su propia calidad de sujeto interviniente.

Finalmente, cabe destacar que una misma persona puede resultar fiduciante, beneficiario y fideicomisario.

³² LASCALA, Jorge Hugo, *ob. cit.*, pag. 98.

³³ LASCALA, Jorge Hugo, *ob. cit.*, pag. 98.

II.- EL PATRIMONIO

II.1.- Influencia del *Trust* anglosajón en la Legislación Argentina

Que los bienes del fideicomiso no se confundan con el patrimonio del fiduciante ni del fiduciario es indispensable para su funcionamiento. En efecto, la seguridad y protección de esos bienes, tanto respecto del fiduciario como de terceros, la relación con los demás bienes del fiduciario, así como su destino, hacen a la esencia y a la utilidad de la figura.

La ley 24.441, con el propósito de proteger los bienes fideicomitidos para alcanzar de este modo el cumplimiento de la finalidad del negocio, estableció que sobre ellos se constituye un “patrimonio separado”. De tal modo, en una primera aproximación sería dable afirmar que el legislador se apartó de los principios provenientes del derecho romano y del derecho francés, relativos a la exclusividad e indivisibilidad del patrimonio.

A partir de tal premisa, analizaremos el concepto de patrimonio según la doctrina tradicional, y el concepto de patrimonio según la figura del TRUST anglosajón, que vino a innovar en materia de patrimonio en el derecho argentino.

Así, el art. 14 de la ley comienza diciendo que “los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario”. Introduce la ley, de este modo, el concepto de *patrimonio de afectación* en nuestro derecho, el cual recibe esta denominación por hallarse los bienes que la componen afectados a un fin determinado.

II.2.1.- El Patrimonio General

El art. 2312 del Código Civil se refiere al patrimonio diciendo: “[...] El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”.³⁴

³⁴ Código Civil Argentino, Art. 2312

En la doctrina nacional hay dos posturas con respecto a la composición del patrimonio. Llambías lo define como “el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria”³⁵. Asimismo, Borda³⁶ considera que el patrimonio solo esta compuesto por el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria”. Así, el destacado jurista, entiende que: “[...] la tesis que sostenemos impuesta por el buen sentido, tiene en nuestro derecho positivo un sólido fundamento en el artículo 2312, C. Civil, que contiene esta definición: “El conjunto de los bienes de una persona constituyen su patrimonio”. Borda³⁷ enseña que las deudas no figuran, por tanto, en él.

Sin embargo, al tratar las sucesiones, Vélez se enroló en la doctrina de Aubry y Rau, quienes concebían el patrimonio como una universalidad de derecho, formada por bienes y deudas³⁸.

De este modo, la posición sostenida por Borda y la corriente que sigue al maestro, niega que las deudas formen parte del patrimonio, ya que entiende que éstas simplemente lo gravan.

II.2.2.- El Patrimonio Especial

II.2.2.a) Doctrina Clásica:

La doctrina clásica considera al patrimonio como una universalidad de derecho, concebido como un atributo de la personalidad.

De tal consideración, se entiende como lógica consecuencia que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, y que absolutamente ningún individuo puede tener más que un patrimonio único e indivisible.

II.2.2.b) Doctrina Alemana:

³⁵ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil. Parte general*”. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1967, t. II, p. 183.

³⁶ BORDA, Guillermo, “*Tratado de derecho civil*”, Parte general, Ed. Perrot, Buenos Aires, t. II, 1986, 9.

³⁷ BORDA, Guillermo, *ob. cit.*, p. 10.

³⁸ *Ibíd.*, p. 10.

La doctrina alemana disiente con la doctrina clásica, por entender que, si bien reconoce la existencia de un solo patrimonio general, admita asimismo la coexistencia de varios patrimonios separados.

En tal sentido, siguiendo a Von Tuhr, entiende la doctrina alemana que al explicar el concepto de patrimonio de afectación, surge que la unidad del patrimonio, principio contenido en el artículo 2312 del Código Civil Argentino, se pierde cuando un conjunto de derechos, cuyos elementos posiblemente son mutables, se rigen por normas legisladas especialmente para determinados casos. Existiendo así en el ámbito del patrimonio una esfera jurídica más restringida, delimitada por criterios determinados y que puede tener desarrollo económico propio de la misma manera que el denominado “patrimonio especial”. Por lo que, siguiendo la lógica del autor alemán, la situación particular del “patrimonio especial” fluye de los fines que la determinan.

En la República Argentina, doctrinarios como Borda y Llambías reconocieron la posibilidad de la existencia de patrimonios separados, con anterioridad a la sanción de la ley 24.441. Borda ha dicho que: “hay numerosos casos en que la misma persona posee numerosos patrimonios independientes entre si. Los más importantes son los siguientes: 1) Cuando se acepta una herencia con beneficio de inventario, el heredero es titular, a la vez, de su propio patrimonio, y del que heredó del ausente; 2) El heredero del ausente con presunción de fallecimiento, es titular paralelamente del patrimonio propio y del que heredó del ausente, que se mantienen ambos sin confundirse; 3) El deudor desapoderado de sus bienes por el concurso o la quiebra es titular de los bienes cuyo manejo conserva y de los que pasan a la masa; 4) Los bienes propios y los gananciales de los cónyuges constituyen masas patrimoniales separadas; 5) Si el hijo adoptado simplemente ha dejado bienes al fallecer, debe distinguirse, a los efectos de su sucesión, entre los que haya recibido de su familia adoptiva y el resto de su patrimonio; 6) Cuando se forma un fondo de comercio, hay separación con el resto del patrimonio del dueño.”³⁹

³⁹ BORDA, Guillermo, *ob. cit.*, p.13.

Así entonces, y siguiendo la los lineamientos del mencionado autor⁴⁰, se desprende que la constitución de patrimonios separados del principal, deben surgir siempre de la ley, pues la sola voluntad de las partes es impotente para hacerlo si aquella no lo autoriza.

Por su parte Llambías⁴¹, entiende que los *patrimonios especiales* son conjuntos de bienes afectados a un fin determinado y sometidos a un régimen legal especial. Tanto el patrimonio general como los patrimonios especiales provienen de la ley, que trata unitariamente a un conjunto de bienes individuales. Por ello entiende el jurista que uno y otro patrimonio son universalidades de derecho.

En atención a lo que enseñan los autores, entendemos que el “patrimonio especial” por el cual es dable constituir un fideicomiso, halla su fundamento en el artículo 17 de la Ley 24.441, al establecer que “*el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso*”.

Así, de la conjugación de lo dispuesto por los arts. 11 a 17 de la ley 24.441 con las normas contenidas en el Código Civil, se conforma el régimen al cual quedarán sujetos los bienes fideicomitidos en poder del fiduciario, dando fundamento a la constitución del patrimonio especial separado del patrimonio del fiduciario, habilitado por una ley *ad hoc*.

II.3.- El Patrimonio de Afectación

El principal efecto de la creación del fideicomiso, es la creación de un patrimonio de afectación para la consecución de una finalidad determinada impuesta por el instituyente.

Remitiéndonos al Código de Québec como principal fuente de la figura del fideicomiso, surge del mismo como el *trust*, se encuentra comprendido dentro de un título que trata acerca de los patrimonios de afectación.

⁴⁰ BORDA, Guillermo, *ob. cit.*, p.15.

⁴¹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *ob. cit.* p. 188.

Por un lado se trata el desarrollo de las fundaciones, como afecta a ellas para el logro de un fin deseado, y por otro, se contempla específicamente la fiducia o fideicomiso con algunas de las particularidades específicas con que se lo ha dotado en nuestro medio, manifestándose que se trata de la transmisión de bienes de un patrimonio a otro, afectados objetivamente a un fin particular y que el adquirente, por el hecho de esa afectación, se compromete a tener y administrar en cumplimiento con el encargo encomendado.

Se afirma el concepto de afectación en la legislación de Québec, al decir que el patrimonio fiduciario, constituido por los bienes transferidos a título de fiducia, conforma un patrimonio de afectación autónomo y distinto del de los sujetos intervinientes, y respecto del cual ninguno de ellos ostenta un derecho real.⁴²

Como bien señala Moisset de Espanés⁴³, de acuerdo con nuestra ley actual y la hermenéutica del instituto, los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio totalmente diferenciado que no se encuentra alcanzado por las vicisitudes que corran los patrimonios ni las de quien los dio en fiducia, ni de quien los recibiera para administrar, como tampoco del destinatario final de ellos.

No existe un titular que ejerza un verdadero y pleno derecho real sobre el patrimonio afectado, puesto que el fiduciante se desprende de sus bienes para incorporarse a la esfera administrativa del fiduciario, quedando totalmente desligado de esa masa patrimonial, y quien la recibe únicamente cumple una función gerencial de administración con poderes de disposición y no se puede comportar como un verdadero dueño en el sentido amplio de dominio pleno.⁴⁴

La fiducia plasmada en la figura del fideicomiso resulta de un acto convencional (caso de una convención o contrato) o de una institución autonómica individual (caso del testamento), mediante el cual el fiduciante transmite o dispone transmitir bienes que se encuentran actualmente en su patrimonio para la creación de otro que libremente considera, y los atribuye o afecta para un fin determinado y que, en función de dicha

⁴² LASCALA, Jorge Hugo, *ob. cit.* p. 152.

⁴³ MOISSET DE ESPANÉS, “*Contrato de Fideicomiso*”, Revista del Notariado, 1995, número extraordinario, p. 51.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 51.

atribución o afectación, un segundo sujeto, el fiduciario, se compromete a tener y administrar en beneficio de un tercero, beneficiario, y aún disponer de los bienes fideicomitidos para entregar su producido al beneficiario o al fideicomisario designado, o bien, transmitirle dichos bienes a éstos.⁴⁵

Es decir que los bienes se encuentran afectados para la consecución de un fin determinado que tendrá lugar por vía de la administración o disposición de quien los recibe fiduciariamente, y dentro del límite temporal impuesto a la duración del fideicomiso.

II.3.1.- Naturaleza Jurídica del *Trust* y el Patrimonio de Afectación

Pierre Lapaulle⁴⁶, al desarrollar la naturaleza jurídica del *trust*, desarrolla la aplicación del “Patrimonio de Afectación”, permitiéndonos con su obra, entender mejor la naturaleza de la ley 24.441.

Lapaulle enseña que para que exista un *trust* basta que hayan bienes afectados a él y, además, una afectación prevista. El único ser esencial para el “funcionamiento” del *trust*, es el *trustee*, cuyos derechos y obligaciones varían según la función que deban realizar⁴⁷. Entiende el autor que: “[...] ahora bien, ¿de qué depende esta misión? De la afectación prevista de los bienes: esta afectación puede ser determinada por voluntad del *settlor*, por la ley, o por la jurisprudencia, pero su fuente no es, en realidad, sino un elemento secundario. Para que haya *trust* se necesita una *res*, es decir, bienes y afectación prevista para los mismos; nada más es indispensable para la existencia jurídica de un *trust*; el *trustee* solamente es el medio de realizar prácticamente esa afectación”.⁴⁸

En tal sentido, para llevar adelante una afectación, es indispensable tener un medio práctico para poder llevarlo a cabo, debiendo ser un sujeto de derecho a nombre de quien se afecta el patrimonio separado, a los efectos encomendados en el *trust* o

⁴⁵ LASCALA, Jorge Hugo, ob. cit. p. 152.

⁴⁶ Citando a PIERRE LAPAULLE, FUNES, Jorge Saturnino, “Fideicomiso. El fiduciario en la ley 24.441”, Ed. Depalma, 1996”, pag. 73.

⁴⁷ Ibidem, p. 74.

⁴⁸ Ibidem, p. 74.

fideicomiso. Es entonces a través del *trustee* o fiduciario que se afecta un patrimonio separado, siendo así un sujeto de derecho necesario para el funcionamiento del fideicomiso o *trust*.

Lepaulle⁴⁹ ha entendido que, “[...] si el *trust* es una afectación de bienes, constituye una noción jurídica que no puede reducirse al derecho de la propiedad individual, sino que se encuentra, en el mismo plano que él”. El *trust* contiene elementos que son “totalmente extraños a la noción de propiedad: siempre hay en el *trust* la idea de un fin que realizar, lo que no ocurre en el caso de la propiedad individual”⁵⁰. En tal sentido, el jurista afirma que la teoría del *trust* se opone a la concepción de la propiedad individual por su carácter social, oponiéndose también a las teorías individualistas del derecho subjetivo.

Al analizar los elementos esenciales para la formación y la vida del *trust*, asevera Lepaulle que tales elementos son dos: un patrimonio determinado y una afectación.

- **Un patrimonio determinado**: un *trust* supone derechos patrimoniales sobre los que recae. No basta con encomendar una misión a un *trustee*, sino que es necesario que esa misión esté en relación directa con los bienes que se le confían y que constituye la indispensable base del *trust*. Semejante base debe componerse de derechos de naturaleza patrimonial.

Por su parte, esos derechos no deben estar en el patrimonio de nadie, siendo así que, no deben quedar en cabeza del *settlor* -fiduciante-, por lo que si así fuere, no habría más que un mandato unido a un depósito.

El patrimonio determinado tampoco puede pasar a manos del *trustee* -fiduciario-. En tal supuesto podría haber donación, o legado con carga, o estipulación para un tercero, pero no habría *trust*. En efecto, en un *trust*, los bienes no están jamás en el patrimonio del *trustee*, no pasan a sus herederos y no constituyen una prenda para sus acreedores.

⁴⁹ FUNES, Jorge Saturnino, *ob. cit.*, p. 77.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 76.

Con la misma inteligencia que en relación a los demás sujetos del *trust* –fideicomiso-, los bienes no están en el patrimonio del beneficiario como tampoco del fideicomisario.

Los derechos, quedan integrados en un todo distinto. El patrimonio se encuentra aislado del resto de los patrimonios de los sujetos del fideicomiso, adquiriendo por sí misma, una individualidad propia, y constituyendo la *res* así una universalidad independiente y ajena de la universalidad de bienes de los actores que intervienen en el fideicomiso. Esa individualidad queda singularmente acentuada por el hecho de que esos bienes tienen un guardián responsable encargado de administrarlos y tienen una ley, lo que en el derecho anglosajón se conoce como el *trust deed*, que determina su gestión y destino.

- **Afectación de los bienes:** El jurista mexicano, Landerreche Obregón⁵¹, al referirse a las consecuencias de la afectación, ha dicho que: “Los efectos de la afectación fiduciaria, son el constituir un patrimonio especial, el patrimonio del fideicomiso, que se integra con los bienes afectados. Respecto a estos bienes, no se puede ejercitar sino los derechos y acciones que al fin del fideicomiso se refieren, salvo los adquiridos con anterioridad a la constitución de éste por el fideicomisario o terceros”. “La autonomía del fideicomiso implica [...] que respecto de los bienes de éste no pueden ejercitarse sino los derechos y acciones que a su fin se refieren. [...]. Por razón de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, debe concluirse que las obligaciones contraídas por el fiduciario en el desempeño de su cargo, sólo pueden hacerse efectivas en el patrimonio del fideicomiso, sin que por ellas sea responsable el propio fiduciario, ni el fideicomitente, ni el fideicomisario. Una última y muy importante consecuencia de la autonomía del patrimonio del fideicomiso es que éste queda legalmente fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario”.⁵²

A modo de conclusión, entendemos entonces que un patrimonio afectado, separado o autónomo, es aquel que es distinto de otros, distinguiéndose también de los patrimonios de los sujetos que intervienen en el fideicomiso, mencionados en la ley 24.441.

⁵¹ Citado por FUNES, Jorge Saturnino, *ob. cit.*, p. 78., OBREGÓN, Juan Landerreche, *Naturaleza del fideicomiso en el derecho meicano*,” Jus (Revista de Derecho y Ciencias Sociales)” México, septiembre de 1942, t. IX, n°50, p. 201.

⁵² *Ibíd.*, ps. 204 y 205.

A ninguno de los sujetos intervinientes en el fideicomiso puede atribuírsele el patrimonio constituído por los bienes fideicomitidos, sino que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado, que se encuentra, por tanto, fuera de la situación normal en que los patrimonios personales se encuentran colocados.

Entiende el jurista mexicano Cervantes Ahumada⁵³, que: “El fiduciario es titular, no propietario. Por titularidad se entiende la cualidad jurídica que determina el poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica. El poder del fiduciario sobre el patrimonio fideicomitido estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso, y si no lo estuviera, por la naturaleza del fin al que los bienes fideicomitidos se destinan. “[...] El fiduciario tendrá la titularidad del patrimonio fideicomitido, es decir, el poder sobre dicho patrimonio, en la medida en que sea necesario para la consecución del fin del fideicomiso”.

Por su parte, es dable considerar, tal como señalan los juristas Kiper y Lisoprawski⁵⁴, que: “[...] sólo se puede hablar de patrimonio separado (tomando los términos patrimonio “separado”, “autónomo” o de “afectación” indistintamente), siempre que la ley considere a determinado núcleo patrimonial como objeto de una disciplina jurídica particular. La separación tiene lugar para la consecución de determinadas finalidades, que el legislador establece en cada caso, y que tales finalidades, tal como aparecen recogidas en la concreta disciplina legislativa, constituyen la base, la medida y el límite de la separación. El régimen jurídico que corresponde a la separación está constituído por normas que derogan no sólo la garantía ilimitada y genérica del patrimonio frente a los acreedores, sino, contemporáneamente, por normas que derogan un diverso principio: el de su libre utilización por parte de su titular”.

Las finalidades en vista de las cuales el ordenamiento da relieve a la masa separada no solamente condicionarían el régimen particular de garantía a la cual la misma masa está sometida, sino que deberán reflejarse en normas que inciden sobre la disponibilidad de la masa por parte del titular del patrimonio. Las normas que establecen la separación son dictadas *ad rem*, no *ad personam*, y los actos de los sujetos susceptibles de producir

⁵³ CERVANTES AHUMADA, *Naturaleza Jurídica del fideicomiso en el derecho mejicano*, Jus, Méjico, 1942, t. X, n°50, ps. 194 y ss. citado por FUNES, Santurino Jorge, *ob. cit.*, pag. 79.

⁵⁴ LISOPRAWSKI, Silvio V., y KIPER, Claudio Marcelo, “*Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*”, Ed. Depalma, Buenos Aires 1995, p. 144.

la separación están sometidos a la publicidad. Es ésta una condición esencial para la construcción jurídica del “patrimonio separado”, no basta referirse a un fin especial para que exista un diverso tratamiento jurídico en un núcleo patrimonial; sólo puede tener lugar si el destino es oponible a terceros y al propio titular del patrimonio. Por ese motivo, dada esa eficacia real o absoluta, no puede haber otros patrimonios separados que los previstos por la ley. Hay un *numerus clausus* de patrimonios separados.⁵⁵

Al igual que el autor citado⁵⁶, entendemos que es lo que mejor sintetiza el régimen al que se hallan sometidos los bienes fideicomitidos en el esquema de la ley 24.441. La ley dispone que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado (art. 14 ley 24.441). Los bienes que componen el patrimonio separado están afectados a los fines que se establezcan en el acto constitutivo. Para lograr el cumplimiento de dichos fines, el fiduciario sólo podrá ejercer sobre los bienes fideicomitidos los derechos y las acciones que conduzcan al logro de aquéllos (art. 17). Asimismo, en virtud de dicha separación, los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, fiduciante y beneficiario (art. 15).

II.3.2.- Efectos de la constitución de un patrimonio de afectación

La ley argentina, al igual que la de Québec, se enrola en la corriente de la constitución de un patrimonio separado, e indirectamente, como un patrimonio de afectación, pero con características que diferencian a nuestra legislación de lo contemplado en la ley de Québec, mediante las disposiciones contenidas en los arts. 14 a 16, y en lo atinente al fideicomiso financiero, por el art. 24 de la ley 24.441.

De tales artículos, se extraen los conceptos que hacen a su definición, como también se regula la responsabilidad de los sujetos intervinientes:

a) Los bienes fideicomitidos conforman una masa patrimonial separada del patrimonio del fiduciante y del fiduciario.

⁵⁵ LISOPRAWSKI, Silvio V., y KIPER, Claudio Marcelo, *ob. cit.*, pag. 145.

⁵⁶ *Ibidem*, pag. 146.

b) La responsabilidad objetiva del fiduciario, derivada del art. 1113 del Cód. Civil, se encuentra limitada al valor de la cosa fideicomitida, en tanto el riesgo o vicio fuese la causa del daño que se irrogue, en el caso en que el fiduciario no pudo, razonablemente, haberse asegurado.

c) Los bienes fideicomitidos están exentos de la actuación singular o colectiva de parte de los acreedores del titular fiduciario.

d) Los acreedores del fiduciante tampoco podrán agredir los bienes ingresados al patrimonio afectado, con la única excepción de la acción de fraude contemplada por el art. 961 del Cód. Civil.

e) Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.

f) Los bienes propios del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del encargo fideicomisario. Tales obligaciones solamente se atenderán con los bienes afectados al patrimonio fiduciario.

g) La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no es causal para la declaración de quiebra del fiduciario.

h) En caso de observarse el supuesto referido en el punto precedente, de faltar otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario contemplados en el contrato, cabe proceder a la liquidación del fideicomiso. Esta liquidación estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregar el producido a los acreedores, conforme con el orden de los privilegios contemplados para la quiebra.

III.- EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

III.1.- Concepto

El fideicomiso de garantía ha sido definido como “aquel negocio fiduciario por el cual el propietario pleno de uno o varios bienes determinados (fiduciante), se obliga a transmitir el dominio fiduciario de los mismos a otra persona (fiduciario), para garantizar de ese modo el cumplimiento de un crédito, que puede ser propio o de un tercero.”⁵⁷

Para Fernando Pérez Hualde⁵⁸ “en términos generales podemos afirmar que habrá fideicomiso en garantía cuando una persona (fiduciante) transfiere a otra (fiduciario) la titularidad fiduciaria de bienes con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a su cargo o a cargo de un tercero, debiendo el titular fiduciario proceder, una vez acreditado el incumplimiento, de conformidad con lo mandado en el pacto de fiducia”.

Para Leopoldo L. Peralta Mariscal⁵⁹ “puede conceptualizarse como el negocio por medio del cual se transfiere la propiedad imperfecta de un bien con el encargo de que, en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del mismo y entregue el producto obtenido de la siguiente forma: a) hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga; b) si existiere un sobrante, se entrega al deudor”.

Para José Fernando Márquez⁶⁰, el fideicomiso de garantía es “aquel en el cual el fiduciante transmite al fiduciario bienes individualizados en garantía de un crédito, propio o ajeno, con el encargo de que, en caso de incumplimiento del deudor, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago de la deuda”.

⁵⁷ CINILLO, Oscar A., “*El contrato de fideicomiso de garantía*”, RDPC, 2001-3-212.

⁵⁸ PÉREZ HUALDE, Fernando, “*El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la ley 24.441*” Citado por MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz, “*Tratado teórico práctico de fideicomiso*”, 2º Ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 218.

⁵⁹ PERALTA MARISCAL, Leopoldo, “*Negocio fiduciario con fines de garantía como acto jurídico ineficaz*”, RDPC, 2001-3-233/234.

⁶⁰ MÁRQUEZ, José F., “*El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante*”. RDPC, 2003-1-137.

De las definiciones transcritas, se infiere la mecánica del funcionamiento de este negocio jurídico. Hay una transmisión dominial fiduciaria sobre la base de la confianza⁶¹ con la siguiente particularidad, que hace a la causa fin del contrato, y que caracteriza a esta especie de fideicomiso: existe una transmisión de la titularidad sobre los bienes en garantía de una deuda preexistente cuyo cumplimiento se pretende asegurar⁶².

Como podemos advertir, la causa fin del negocio fiduciario de garantía juega un papel fundamental desde un doble punto de vista:

- a) delinea los límites de la capacidad de derecho con que cuenta el fiduciario para administrar los bienes fideicomitidos;
- b) se vincula con la condición (falta de pago de la deuda garantizada) a cuyo cumplimiento está sujeta la duración del dominio fiduciario.⁶³

En cuanto al primer aspecto⁶⁴ referido a la capacidad de derecho del fiduciario, recordemos que el art. 17 de la ley 24.441 expresamente dispone: *“El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o beneficiario, a menos que hubiere pactado lo contrario”*.

De esta manera, las partes deben precisar en el contrato de fideicomiso, acorde con su fin de garantía, cuándo el fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitidos, especificándose la forma en que debe proceder una vez acreditado el incumplimiento de la obligación garantizada. En otras palabras, a la hora de administrar los bienes, el fiduciario debe tener presente la función de garantía.

En cuanto al segundo aspecto⁶⁵, la condición a cuyo cumplimiento se sujeta la duración del dominio fiduciario, la extinción de éste último guarda relación con el cumplimiento

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo L., *“Tratado de los contratos”*, t. 3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2000, p. 351.

⁶² BORETTO, Mauricio, *“Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario”*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2005, p. 36.

⁶³ *Ibidem*, p. 36.

⁶⁴ Ley 24.441, Art. 17

⁶⁵ BORETTO, Mauricio, *ob. cit.*, p. 37.

o no de la obligación garantizada, razón por la cual, si se satisface la deuda, el fiduciario debe transmitir los bienes al fideicomisario designado en el contrato (normalmente será el mismo fiduciante deudor o tercero), mientras que, de no verificarse el pago, debe proceder a enajenar los bienes fideicomitidos para, con su producido, satisfacer el crédito garantizado. Una vez cumplidas las obligaciones garantizadas, de existir remanente, deberá el fiduciario entregárselo al fiduciante deudor, o a quien se hubiera convenido en el contrato.

III.2.- Posición de los sujetos intervinientes en la relación jurídica fiduciaria

En cuanto al rol que puede desempeñar cada uno de los sujetos intervinientes en la relación jurídica originada con motivo del negocio fiduciario de garantía, encontramos cuatro posiciones contractuales.⁶⁶

III.2.1).- *El Fiduciante del Fideicomiso de Garantía:* Es quien transmite en garantía la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra persona fiduciaria. Puede ostentar la calidad de deudor de la obligación garantizada, o ser un tercero con respecto a ella, garantizando el fiduciante en tal situación, una deuda ajena.⁶⁷

III.2.2).- *El Fiduciario del Fideicomiso de Garantía:* Es quien adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes determinados transferidos en garantía, obligándose a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato de fideicomiso, y con facultades o no de aplicar las utilidades generadas por los bienes fideicomitidos al pago de la deuda garantida. Las funciones del fiduciario en garantía, pueden dividirse entre las que denominamos:

a) “fideicomiso de garantía puro”⁶⁸, en tal supuesto, el fiduciario desempeña una función de guarda de los bienes, y, producida la mora del deudor, entonces procede a realizar el patrimonio fideicomitido para cancelar el crédito impago al acreedor.

⁶⁶ BORETTO, Mauricio, *ob. cit.*, p. 38

⁶⁷ *Ibidem*, p.39

⁶⁸ BORETTO, Mauricio, *ob. cit.*, p. 39.

b) “fideicomiso de garantía y pago”⁶⁹, aquí el fiduciario no se limita a controlar los bienes dados en fideicomiso hasta que acaezca el incumplimiento, sino que además, con las rentas o utilidades que provienen de los bienes fideicomitados administrados, puede ir pagando la deuda garantizada.

III.2.3).- El Beneficiario del Fideicomiso de Garantía: Es aquel sujeto de derecho que recibe los beneficios del contrato. Generalmente, es el acreedor del denominado “fideicomiso de garantía y de pago”, su condición debe encontrarse individualizada en el contrato. También puede ser beneficiario un tercero, o el propio deudor, lo que ocurrirá en la generalidad de los casos, en el “fideicomiso de garantía puro”.

III.2.4).- El Fideicomisario del Fideicomiso de Garantía: Es el destinatario final de los bienes, y puede ser un tercero, o el fiduciante.

Para el caso de que se pague por parte del deudor la deuda garantizada, el fideicomisario adquirirá del fiduciario la propiedad plena de los bienes fideicomitados objeto de la garantía. Por el contrario, si la deuda, causa fuente del contrato, no fue cancelada por el deudor, y por tal circunstancia ha debido procederse a la ejecución de la garantía, el fideicomisario recibirá, de existir, el remanente. Salvo que coincida la figura de éste con la del beneficiario, en cuyo caso percibirá el producido del bien fideicomitado realizado, en tanto acreedor beneficiario, y, además, el remanente, en su carácter de fideicomisario.

III.3.- Efectos y ventajas de la constitución del fideicomiso de garantía

III.3.1.-Patrimonio separado

Cuando se recurre a un fideicomiso en garantía, el acreedor obtiene una posición más sólida y consigue un control mayor que el que podría obtener mediante la constitución de derechos reales de garantía como la prenda y la hipoteca.

⁶⁹ BORETTO, Mauricio, *ob. cit.*, p 39.

La creación de un patrimonio separado logra aislar el bien objeto de la garantía poniéndolo fuera del alcance de los acreedores personales no solo del fiduciante, sino también del mismo fiduciario y del beneficiario. A mayor abundamiento sobre el tema, remitimos a lo expresado en el punto II.3.2 del presente.

III.3.2.- Una garantía autoliquidable

Uno de los mayores beneficios que proporciona al acreedor este tipo de garantía, es la rapidez y extrajudicialidad del procedimiento de ejecución, lo que redunda en el menor costo económico en que debe incurrir el acreedor para realizar la garantía y, por ende, para lograr el recupero del crédito.⁷⁰

Dada la característica de garantía autoliquidable que posee el fideicomiso de garantía⁷¹, es muy importante que en el contrato de fideicomiso el fiduciante y el fiduciario estipulen con precisión cómo se configurará el incumplimiento de la obligación garantizada. Ello así por cuanto este último acontecimiento es el hecho que activará el mecanismo de realización de la garantía (v.gr. enajenación de los bienes fideicomitados para, con su producido, proceder a cancelar el crédito del acreedor, adjudicación directa del bien fideicomitado al acreedor, etc.). Todo ello a los efectos de evitar futuras controversias.

Alegría señalaba que este tipo de garantías eran de uso común en el mundo bursátil, pudiendo citar como ejemplos típicos a la garantía de los agentes de bolsa ante el mercado, la caución bursátil y las operaciones de pase⁷². Estas últimas son de uso común en el mundo financiero, estando inclusive reguladas por el Banco Central de la República Argentina desde los años ochenta.

III.3.3)- Diferencias del Fideicomiso de Garantía con las garantías reales de Hipoteca y Prenda con registro

⁷⁰ BORETTO Mauricio, *ob. cit.*, p. 44.

⁷¹ ALEGRIA Hector, “*Las garantías autoliquidables*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n°2, Garantías, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, pp. 152/153

⁷² *Ibíd.*, p. 155.

En cualquiera de las dos garantías reales, en la hipoteca, y en la prenda con registro, es necesaria la intervención de un juez, mientras que tratándose de un fideicomiso de garantía, no.

A diferencia de la hipoteca y de la prenda⁷³, tratándose del fideicomiso de garantía, el grado de autoliquidación es máximo, pues no existe conocimiento judicial previo alguno a la ejecución patrimonial, soslayándose toda intervención jurisdiccional. De tal forma, acaecido el incumplimiento del deudor, el fiduciario deberá proceder a liquidar el bien fideicomitado, y una vez realizado, entregárselo a los acreedores hasta la satisfacción de sus créditos, con más sus intereses si existieran. Si hubiera remanente, se entregará al fiduciante, o a la persona que se hubiera convenido en el fideicomiso.

El patrimonio fideicomitado en garantía podrá realizarse, frente al incumplimiento del deudor, a valores cercanos a los de mercado, beneficiando a las partes los menores costos que producirá la realización extrajudicial del bien, y la mayor celeridad con que se liquidarán los bienes. En la realización del patrimonio fiduciario, el deudor podrá exigir que la venta se concrete al mejor precio posible, a los efectos de generar mayores garantías a los acreedores, y la posibilidad de obtener un remanente en su beneficio.

Tal como afirma Martorell⁷⁴: “[...] Al fiduciario se le transmitieron los bienes afectados en garantía para que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario o a un tercero acreedor, según se haya previsto en el pacto fiduciae”.

De lo expuesto surge como conclusión que en virtud de la nueva realidad económica internacional, de las características de ciertos créditos y de las garantías con las que se encuentran aseguradas, ha ido tomando forma la idea de independizar la “ejecución patrimonial” del “conocimiento judicial”⁷⁵. Se ha consolidado de esta manera la posibilidad de realizar el crédito y la garantía sin que medie previa intervención jurisdiccional que fije la plataforma fáctica y declare la normativa que le es aplicable,

⁷³ BORETTO, Mauricio, *ob. cit.*, p. 47.

⁷⁴ MARTORELL, Ernesto E., “*Tratado de los contratos de empresa*”, t. 2, 2º Ed., Depalma, Bs. As., 2000, p. 1025.

⁷⁵ BORETTO, Mauricio, *ob. cit.*, p. 48.

procediéndose directamente a la ejecución prescindiendo del conocimiento judicial previo.

De esta manera, en la realidad negocial, se ha venido a equiparar ciertos títulos ejecutivos extrajudiciales a la sentencia judicial confiriéndoseles la misma eficacia de provocar, en forma coactiva, una actividad ejecutiva por parte del acreedor contra los bienes del deudor⁷⁶.

Y todo ello, con el razonamiento de que la concurrencia a la actuación judicial previa, conlleva a demoras (más allá de los intereses que continúan devengándose hasta que se realiza judicialmente el bien dado en garantía); también conlleva costos que insumen gran parte del producido de las subastas (v.gr. honorarios profesionales, costas, etc.) todo lo cual perjudicaría tanto al acreedor, que en ciertas ocasiones no recuperaría en plenitud su acreencia; como también al propio deudor, quien en definitiva podría ocurrir que por los gastos judiciales, no cancelara la deuda por insuficiencia del bien ejecutado⁷⁷.

Cabe destacar que, no obstante ser la posición mayoritaria en doctrina los que entienden que la constitución de un fideicomiso en garantía como uno de los tipos del fideicomiso regulado en la ley 24.441, es lícito, y que existen hartos beneficios en su empleo. Debemos mencionar que la doctrina no es unánime respecto al fideicomiso de garantía. Así, entre quienes se oponen al instituto jurídico, se encuentra Peralta Mariscal⁷⁸, quien entiende que el fideicomiso en garantía no está prohibido por la ley, pero igualmente no tiene cabida en nuestro derecho porque viola tanto normas de orden público de jerarquía constitucional y legal, como la esencia misma del contrato de fideicomiso plasmada en la ley 24.441.

El mencionado jurista, a diferencia de la opinión de autores como Carregal, sostiene que el fideicomiso en garantía viola el derecho de defensa en juicio del deudor, el sistema de números cerrados o “*numerus clausus*” que el codificador estableció para los derechos reales y la esencia misma del contrato de fideicomiso. Peralta Mariscal en su obra

⁷⁶ BORETTO, Mauricio, *ob. cit.*, p. 49.

⁷⁷ *Ibidem*, p.50.

⁷⁸ PERALTA MARISCAL, Leopoldo, “¿Fideicomiso de Garantía? ¿Neuralgias y cefaleas garantizadas!”, ED. La Ley

enseña que⁷⁹ [...se da la “casualidad” de que el de garantía es el único fideicomiso donde la “fe” o la “confianza” que se deposita en el fiduciario no proviene del fideicomitente (único supuesto que respeta las raíces y la esencia misma del fideicomiso) sino del beneficiario...], asimismo interpreta el autor que⁸⁰[...“estuvo en la mente del legislador prohibir tácitamente el fideicomiso en garantía, y ello porque en el art. 16 de la ley 24.441 el legislador deja ver que la aniquilación del fideicomiso por insuficiencia de los bienes fideicomitados, no es una consecuencia regular en la ley. En los fideicomisos de garantía la liquidación de los bienes fideicomitados es una derivación directa y querida por las partes, es ésta su finalidad”...]. Entiende que⁸¹ [...“no es posible sostener lo contrario en base a los arts. 19 y 21, por ser estas normas que regulan un tipo específico de fideicomiso como es el financiero”].

Peralta Mariscal disiente también con la figura en estudio aduciendo que la misma viola lo dispuesto en el art. 2505 del Código Civil, porque el fideicomiso en garantía pretende violar solapadamente la prohibición legal de crear derechos reales diferentes a los expresamente permitidos, y ello, porque la verdadera intención de un deudor que constituye un fideicomiso de garantía no es la transmisión de la propiedad de las cosas que son objeto del contrato. Sólo quiere garantizar con las cosas que devendrán en el objeto del contrato de fideicomiso, una obligación. Así, sostiene que no hay voluntad de desprenderse de la propiedad sino de garantizar una deuda con una o varias cosas; la única intención es la de constituir una garantía real, en tal entendimiento, el autor dice que ...[en definitiva lo que se hace a través del fideicomiso de garantía es violar el art. 2502 del Código Civil disimuladamente, a través de una figura jurídica que aparentemente no tiene nada que ver con los derechos reales de garantía pero que en la realidad de los hechos, tiene mucho que ver con ellos⁸².].

También entiende que el fideicomiso de garantía resulta violatorio del derecho de defensa en juicio del deudor, ya que lo impide a este acudir ante el poder judicial para plantear defensas atinentes al reclamo del acreedor, concluyendo que el acreedor es el único beneficiario⁸³.

⁷⁹ PERALTA MARSICAL, *ob cit.*, p. 4

⁸⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁸¹ *Ibidem*, p. 5.

⁸² *Ibidem*, p. 7.

⁸³ *Ibidem*, p. 8.

Frente a las diferentes posiciones doctrinarias, creemos que, si bien en un primer momento de la sanción de la ley 24.441 esta figura fue objeto de críticas que, inclusive, llegaron a proclamar su ilicitud⁸⁴, hoy estas objeciones pueden considerarse superadas ya que, por un lado, la práctica profesional, y por el otro, la doctrina⁸⁵, y la jurisprudencia⁸⁶ aceptaron el fideicomiso de garantía, por lo que hoy esas críticas pueden considerarse, a nuestro juicio, superadas.

El hecho de que la ley 24.441 no haya mencionado en forma expresa el fideicomiso en garantía, no quita que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las propias partes puedan decidir hacer uso de la figura del fideicomiso para garantizar una determinada obligación, siendo igualmente aplicables las cualidades que la ley otorga a todo fideicomiso, fundamentalmente el nacimiento de un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (art.14) y la no posibilidad de agresión de los bienes fideicomitados por los acreedores del fiduciario o del fiduciante, inclusive ante un supuesto de concurso (“acción colectiva”, según el texto del art. 15 de la ley 24.441).⁸⁷

III.4.- Conclusión

Como conclusión, podemos afirmar que el fideicomiso de garantía tiene las siguientes ventajas respecto de cualquier otro mecanismo de seguridad⁸⁸:

- a) Es un medio que supera, en cuanto a seguridad y eficacia, a la prenda o hipoteca;
- b) Se omite el procedimiento judicial;

⁸⁴ ARAYA, Tomás M., y TERÁN, Mario B., “*Derecho Económico Empresarial*”, “*El fideicomiso de garantía y la cesión de crédito en garantía como garantías autoliquidables ante la insolvencia*”, Ed. Fedye, Bs. As., pp. 371/372

⁸⁵ ARAYA Tomás M., y TERÁN, Mario B., *ob cit.*, pp. 371/372 citando a: ACQARONE, María, “*Trust o Fideicomiso de Garantía*”, La Ley, 1995-B, 997 y ss; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “*Negocios Fideuciarios con fines de garantías (Trust o fideicomiso de garantía)*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 2, Garantías, 1996, ps. 63 y ss; CARREGAL, Mario, “*Fideicomiso de Garantía*”, en Derecho Empresario actual, Cuadernos de la Universidad Austral, T. 1, Buenos Aires, 1996, ps. 237 y ss.

⁸⁶ ARAYA Tomás M., y TERÁN Mario B., *ob. cit.*, pp. 371/372 citando entre otros a: CNCIVIL, Sala B, “*Donoldo Dario c/ Banco Hipotecario*”, 5 de Septiembre de 2006, La Ley On Line, AR-JUR/8846-2006; CNCOM, Sala D, “*Trenes de Buenos Aires s/ Concurso Preventivo*”, 9 de Septiembre de 2008, La Ley On Line, AR-JUR/10966/2008; y CNCOM, Sala E, “*Feroanco S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Verificación (Por Sinsbur S.A.)*”, 14 de Julio de 2010, ElDial.com-AA6324.

⁸⁷ ARAYA, Tomás M., y TERÁN, Mario B., *ob. cit.*, pp. 371/372.

⁸⁸ BORETTO, Mauricio, *ob. cit.*, p.51.

c) Las condiciones y procedimientos para el ejercicio de sus derechos son convenidos libremente por las partes;

d) Tiene plena aplicación la prohibición de apropiarse de los bienes objeto de la garantía, por lo cual el fiduciario no se podrá quedar con el asiento de la misma por sí y ante sí, sino que deberá someterlo a un procedimiento de ejecución;

e) La ejecución forzada del bien fideicomitido debe estar rodeada de ciertos recaudos mínimos que aseguren al deudor una venta imparcial, y éste tendrá derecho a participar y a controlar ese procedimiento si así se estableció convencionalmente. De todos modos, y aun en caso de ausencia de previsiones convencionales en ese sentido, el fiduciario deberá rendir cuentas y tendrá responsabilidad personal por cualquier acto culposo o doloso, incluso podrá incurrir en el delito de defraudación, en virtud de normas de orden público inderogables por la voluntad de las partes;

f) La subasta del bien podrá realizarse a valores más cercanos a los de mercado y en forma menos costosa y rápida que las realizadas judicialmente. El deudor tiene derecho a exigir la venta al precio más alto posible y a obtener el remanente;

g) Los bienes fideicomitados están dentro de un patrimonio separado, logrando así aislarlos y sustraerlos de la garantía general de los demás acreedores del fiduciario deudor, cosa que no sucede con la prenda y la hipoteca.

IV.- EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO PROPUESTA DE ACUERDO PRECONCURSAL Y COMO ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL

IV.1- Introducción

Habiendo desarrollado el instituto del fideicomiso en general, como así también, analizado una de sus principales efectos, la creación de un patrimonio de afectación, hemos pasado a estudiar la figura del fideicomiso en garantía, los efectos de su constitución, sus ventajas, y comparación con otras figuras jurídicas, permitiéndonos tal desarrollo introducimos al tema que nos convoca, siendo el mismo, la constitución de un fideicomiso de garantía como alternativa al concurso preventivo.

Para ello, procuraremos demostrar como aquel empresario que, por diversas circunstancias, sean propias (v.gr. mal manejo en decisiones empresariales), o ajenas (v.gr. la desfavorable situación económica-financiera que pudiera atravesar el medio que lo rodea), que no pudiera hacer frente a sus obligaciones, o bien comience a percibir las dificultades para afrontar las deudas con sus acreedores, o por encontrarse en situación de riesgo financiero, o que su situación encuadre como en estado de cesación de pagos, de modo preventivo, pueda lograr asegurar la continuidad de su empresa sin necesidad de caer en el extremo de tener que acudir a un proceso falencial, o, lo que es peor, sin la necesidad de verse obligado a quebrar, todo ello, con los perjuicios que les produciría como consecuencia a los sujetos intervinientes en la relación comercial.

Así, encontramos en el fideicomiso de garantía como alternativa al concurso preventivo y a la quiebra, a un instituto que se ajusta a las necesidades de los acreedores y del deudor, por las bondades que para ambos ésta herramienta ofrece.

Sentaremos los beneficios que resultarán para los acreedores el ver garantizados sus créditos por medio de un patrimonio escindido del patrimonio del deudor, y, por ende, que este último no pueda disponer del mismo, como tampoco terceras personas atacar el patrimonio escindido o fiduciario.

IV.1.a.- De los requisitos esenciales de “confianza” y “garantía” para la constitución de un Fideicomiso de Garantía

Teniendo presente los casos en que el deudor se encuentra en una situación crítica para hacer frente a sus obligaciones, nos planteamos, ¿que motivaría a los acreedores a que, pese a la comprometida situación económica o financiera, se presenten a celebrar un contrato de fideicomiso de garantía con el deudor?, ¿Por qué no exigirían el cumplimiento directo de las obligaciones o bien la quiebra del deudor?

A los fines de responder tales preguntas, comenzaremos diciendo que, para celebrar un acuerdo preconcursal simple o un acuerdo preventivo extrajudicial, deben existir factores que hagan a los intereses de ambas partes del acuerdo. Para el deudor, su interés será el de continuar con su fuente de trabajo y con sus bienes, y para los acreedores, el interés será el de hacerse de la mayor parte de sus acreencias, en el menor tiempo posible, y con la garantía necesaria de que, en caso de incumplimiento, podrán cobrar lo que les es debido.

Ahora bien, entendemos que existen dos requisitos esenciales para que los acreedores celebren un contrato de fideicomiso de garantía, permitiendo la escisión del patrimonio de su deudor, pudiendo ver disminuida de tal forma su garantía, y que no obstante ello, estén dispuestos a suscribir el acuerdo. Los requisitos son:

- a) La **confianza** que debe existir en que el deudor cumplirá con las obligaciones contraídas;
- b) y la **garantía** que deben tener, para el caso de que ello no suceda, de que podrán hacerse del cobro de sus créditos.

Al decir de Laurence Cornu en su obra *“La confianza en las relaciones pedagógicas”*, la confianza es una hipótesis sobre la conducta futura del otro. Es una actitud que concierne el futuro, en la medida en que este futuro depende de la acción de otro. En el caso, confianza es la que deberán tener los acreedores del deudor, de que éste cumplirá con la cancelación de sus obligaciones contraída con ellos.

Tal como señalamos al principio, el fideicomiso históricamente fue entendido como una rogación o encargo que una persona efectuaba a otra, sobre la base de la confianza que se le depositaba, para que cumpliera con determinada gestión, es decir, este instituto tiene como fundamento de su existencia la confianza que debe haber entre las partes, principalmente, sobre aquel a quien se hubiera encomendado la realización de la rogación o encargo.

Asimismo, y sin perjuicio de la confianza que en todo fideicomiso y en toda relación comercial debe prevalecer, y más aún en una reestructuración de deuda o salvataje de empresa que de forma privada pactan las partes conforme la autonomía de la voluntad consagrada en los artículos 1137 y 1197 del Código Civil, los acreedores deben estar seguros de que, en caso de incumplimiento de lo pactado, la falta del deudor acarreará como consecuencia la realización de la garantía a fin de la cancelación de los créditos.

Entendiendo que los requisitos mencionados, confianza y garantía, deben ser superados para que las partes puedan acordar de forma privada y extrajudicial el como abordar el problema respecto de la situación de crisis del deudor, creemos que la constitución de un fideicomiso de garantía, es una buena herramienta jurídica de la cual disponen los interesados, con el objeto de cumplir con sus obligaciones recíprocas, garantizando a los acreedores el cobro de sus créditos en tiempos más abreviados que si se llegara a la instancia de acuerdo judicial, y con mayor flexibilidad de negociación en aras a satisfacer el interés común de las partes.

IV.2.- De las modalidades de contratación, el “Acuerdo Preconcursal Simple” y el “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”

Es notoria la cantidad de complicaciones que conlleva intentar implementar un acuerdo cuyo cumplimiento se garantice con un derecho real de prenda o hipoteca sobre los bienes del deudor, sobre todo cuando existen varios acreedores.

Si el deudor conoce que dispone a su alcance de las herramientas adecuadas, asumirá tempranamente su estado de incumplimiento y ello permitirá evitar el agravamiento intrínseco de la mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Por ello, entendemos que la reorganización de la empresa en crisis, con dificultades económicas o financieras, o en estado de cesación de pagos, puede intentarse y lograrse a través de diversos métodos, pudiendo agruparse principalmente en dos grandes categorías⁸⁹:

a) Mecanismos de reorganización formales, siendo en nuestro ordenamiento los concursos preventivos⁹⁰.

b) Mecanismos de reorganización informales, en los cuales el deudor y sus acreedores –algunos o todos- negocian y acuerdan sobre sus respectivas obligaciones y créditos para procurar una salida a la situación crítica. Algunas de las características principales de estos mecanismos denominados “acuerdos preconcursales simples”⁹¹, y “acuerdos preventivos extrajudiciales”, son:

i) Los Acuerdos Preconcursales Simples, o no homologados, son aquellos que son obligatorios exclusivamente para quienes lo suscriben, y que no tienen obligatoriedad más allá de las partes, siendo contratos que, regidos por la legislación común, no responden a las exigencias que establece la LCQ, como por ejemplo, los requisitos exigidos en el art. 72, o bien las mayorías dispuestas en el art. 73 de la norma.

ii) Los Acuerdos Preventivos Extrajudiciales, pueden iniciarse como acuerdos de derecho común, pero deben, a los efectos de su homologación, cumplir con los requisitos de mayorías, disposición de libros contables, y demás exigencias contempladas entre los arts. 69 a 76 de la LCQ. Así las partes pueden optar por la celebración de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) reglado en el artículo 69 de la Ley de Concursos y Quiebras, homologando de tal forma el acuerdo, y produciendo todos los efectos enunciados en la LCQ.

IV.2.a.- Ventajas de constituir un Acuerdo Preconcursal Simple o un Acuerdo Preventivo Extrajudicial

⁸⁹ ROULLIÓN, Adolfo A., “*Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24.522*”, Ed. Astrea, 15° ed., Bs. As., 2008, p.178.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 179.

⁹¹ *Ibidem*, p. 179.

Tanto los Acuerdos Preconcursoales Simples, como los Acuerdos Preventivos Extrajudiciales, son verdaderos contratos celebrados por el deudor con todos o parte de los acreedores, pudiendo convenirse las prestaciones más variadas tendientes a superar las dificultades del deudor de carácter general.

Los mismos no requieren como presupuesto sustancial el estado de cesación de pagos del deudor, sino que se admite también para el caso de dificultades económicas o financieras de carácter general, facilitándose su utilización antes de llegar a situaciones de gravedad extrema que, en general, provocan el fracaso de las soluciones preventivas.

No se exige que estos acuerdos respeten igualdad de trato entre acreedores, siendo lícito acordar condiciones diferentes con cada uno de los partícipes.

Así, estos acuerdos preconcursoales tienen como ventaja que permiten al deudor preelaborar un acuerdo preventivo de manera acelerada, sin necesidad de promover un proceso de concurso preventivo, con economía de tiempo y costos, y al fin lograr con gran ventaja, prácticamente, los mismos efectos; pero para acceder al instituto no deben existir dudas en cuanto a que lo que se presenta responde a la realidad negocial del deudor.

La informalidad, rapidez, economía y discreción, son algunas de las ventajas prácticas de estos medios no judiciales de solución, frente a la mayor lentitud, formalismo, repercusión pública y onerosidad de los procedimientos judiciales. Carecen, sin embargo, de los efectos generales que afectan a los acreedores cuando se abre un concurso preventivo, tales como la suspensión de las acciones individuales contra el deudor y la interrupción del curso de los intereses de sus deudas; salvo que dichos efectos se pacten en el acuerdo preconcursal, caso en que solo operan respecto de las partes contratantes⁹².

Ante un eventual incumplimiento de estos acuerdos por el deudor, los mismos se rigen por la legislación contractual, no dando, en consecuencia, lugar a la automática declaración de quiebra indirecta del deudor. En su caso, el acreedor a quien se incumple

⁹² ROULLIÓN, Adolfo A., *ob. cit.*, p.179

podrá requerir el cumplimiento, o bien, pedir la resolución del contrato y, eventualmente, peticionar judicialmente la declaración de quiebra directa del deudor, conforme pautas del art. 83 y conchs. de la LCQ.

Nada impide a que el deudor, en dificultades financieras o económicas, o en estado de cesación de pagos, celebre con todos, o parte de los acreedores, acuerdos preconcursales simples o APE. La Constitución Nacional permite hacer lo que no está legalmente prohibido, y el principio de autonomía de la voluntad es regla en materia negocial en el derecho privado. Si estos acuerdos preconcursales consiguen con éxito superar la crisis o el estado de insolvencia de la empresa, habrán cumplido su función de instrumentos de reorganización informal para dar solución a las dificultades empresarias, o al mismo estado de cesación de pagos, económica, rápida y discretamente⁹³.

Roullión⁹⁴ enseña que cabe advertir que en el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, luego de la reforma que sufriera la LCQ en el año 2002 por la ley 25.589, se ha producido una variación al instituto en donde se ha dispuesto que el acuerdo homologado judicialmente, luego de seguir el trámite establecido por el art. 69 y ss. de la LCQ, si bien no es un trámite obligatorio para las partes, tiene como beneficio la singularidad de su oponibilidad mejorada en caso de su homologación, en la ulterior quiebra. En la actualidad, conforme al nuevo régimen del art. 76, dicho acuerdo homologado es obligatorio no sólo para quienes son partes en él por haber prestado conformidad, sino que también obliga a las minorías de acreedores disidentes, pertenecientes a la clase, o clases cuyas mayorías lo aprobaron. Además, surte los efectos propios del acuerdo preventivo obtenido en concurso preventivo.

La norma está pensada para que los distintos tipos de deudores financieros que arriban a determinados acuerdos que les permitan oxigenar su situación económico-financiera y superar el estado crítico en el que se encontraban; extendiendo los efectos del acuerdo respecto de todos los acreedores quirografarios y —según el caso— los privilegiados en los términos del artículo 56 LCQ⁹⁵.

⁹³ ROULLIÓN, Adolfo A., *ob. cit.*, p.180.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 180.

⁹⁵ ROITMAN, Horacio, “*Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 y Modificatorias*”, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 158.

Por su parte, Horacio Roitman⁹⁶ ha entendido que el derecho concursal parece poder llegar a materializar un medio alternativo de soluciones preventivas extrajudiciales, menos costoso y más simple, evitando la judicialidad extrema, a partir de las reformas operadas a través del Acuerdo Preventivo Extrajudicial; que podrá consistir en reducciones de deuda, esperas en los plazos de pago y moratorias, suspensión de intereses, paralización de juicios y actos de ejecución forzada, etcétera.

Se entiende que las normas del concurso preventivo serán de aplicación analógica al APE, en tanto resulten compatibles con su finalidad como forma de reestructuración de pasivos. Así ha entendido la jurisprudencia: “El APE se inicia como una negociación privada, de naturaleza contractual, que vincula al deudor con sus acreedores, una convención celebrada entre interesados dentro de una amplia libertad. Se aplica el Código Civil (arts. 1197 y cons.) y como no se exige contenido determinado, puede concurrirse al art. 1137 de ese cuerpo legal. El APE es, pues, en su faz inicial, un contrato plurilateral que puede incluir una multiplicidad de actos jurídicos, cuyo número puede ser idéntico al de los acreedores que lo componen. El APE no es más que un método alternativo de solución de insolvencia y dificultades económico financieras. Sin embargo, la inicial naturaleza se desdibuja a partir del trámite que conduce a la homologación; por ello, al ser oponible a terceros se convierte en un subtipo concursal al que se aplica, en la medida de lo pertinente, la normativa, aunque no medie remisión expresa⁹⁷”.

De tal forma, la ley prevé el acuerdo preventivo extrajudicial, en el que no se requiere el presupuesto objetivo de la cesación de pagos como recaudo para acceder a esta solución preventiva. En realidad se trata de un arreglo que el deudor logra con sus acreedores por vía extrajudicial recurriendo luego al tribunal al sólo efecto que convalide dicho acuerdo mediante la homologación judicial. Basta que el deudor atraviese meras dificultades económico-financieras de carácter general.

En cuanto a la libertad de contenido, las partes pueden acordar lo que resulte más ventajoso a sus intereses, sin necesidad de someterse a pautas limitativas en cuanto porcentaje de las quitas, plazos de pago, garantías a otorgarse, ni a la naturaleza del

⁹⁶ ROITMAN, Horacio, ob. cit., p. 156.

⁹⁷ CNCom, Sala VIII, 31/10/2005, in re “Romi SRL s/acuerdo preconcursal”, SyC 36-144.

acuerdo⁹⁸. Cualquiera que sea la convención, e independientemente de la homologación, el acuerdo resulta vinculante entre las partes.

Así, las partes tienen libertad absoluta para celebrar el acuerdo que satisfaga en mayor medida a sus intereses, pero, es dable destacar que las consecuencias de celebrar uno u otro acuerdo, variarán considerablemente

IV.2.b.- Diferencias entre la celebración de un Acuerdo Preconcursal Simple y un APE

Las principales diferencias existentes entre la celebración de uno u otro acuerdo surgen como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 76 de la LCQ⁹⁹. La homologación del APE, producirá los mismos efectos que la homologación de un acuerdo preventivo judicial, y sus consecuencias jurídicas serán idénticas, v.gr. la oponibilidad del acuerdo celebrado y homologado frente a los terceros.

Por el contrario, el acuerdo preconcursal simple, se podrá ver afectado ante un eventual incumplimiento del deudor o planteo de algún acreedor ajeno al fideicomiso, toda vez que el efecto producido *inter partes* entre los contratantes, no obliga a quienes no suscribieron el acuerdo, y que, dadas las condiciones, pueden plantear la quiebra del deudor, con la consecuente revocación, o cualquier otra acción contra el contrato de fideicomiso de garantía, si este fue celebrado dentro del “periodo de sospecha” dispuesto en los arts. 115 y 116. LCQ, y si cumple con los requisitos legales necesarios.

En virtud a lo enunciado, consideramos que el riesgo para la celebración de un acuerdo preconcursal simple, se verá disminuido si quien celebra el acuerdo, el deudor, se asegura de que los suscriptores, acreedores, conformen la mayoría necesaria a los efectos de que, ante el eventual supuesto de ser necesario, pueda homologar el convenio conforme las disposiciones de la LCQ, quedando cubierto, de tal forma, ante potenciales planteos de inoponibilidad, acciones de revocación, de fraude, o cualquier otra acción

⁹⁸ ROITMAN, Horacio, *ob. cit.*, p. 159.

⁹⁹ Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522, Art. 76: “*Efectos de la homologación: El acuerdo homologado conforme a las disposiciones de esta sección produce los efectos previstos en el artículo 56 y queda sometido a las previsiones de las secciones III, IV, y V del Capítulo V del Título II de esta ley*”

judicial por parte de los acreedores que no ingresaron al acuerdo, o de terceros interesados y legitimados para reclamar.

Siendo, sin más, una cuestión que debe ser planteada en cada caso concreto, y conforme las exigencias de la causa, y la inteligencia comercial de las partes las que resolverán por inclinarse a celebrar uno u otro acuerdo.

No obstante la elección que efectúen las partes contratantes, a los fines del presente, ambas cumplen con el mismo objetivo, cual es, el de encontrar una solución de forma privada, más económica y más ágil que la de un proceso falencial, frente a la delicada situación económica o financiera que pudiera estar atravesando el deudor.

IV.2.c.- Diferencias entre la constitución de un “Fideicomiso de Garantía” y un “Fideicomiso de Garantía y pago”

Finalmente, tanto en el acuerdo preconcursal que celebra el deudor con sus acreedores, o con algunos de ellos, con efectos jurídicos *inter partes*, reglado por el derecho común, como en el acuerdo preventivo extrajudicial normado entre los artículos 69 a 76 de la LCQ, la constitución de un fideicomiso en garantía puede presentarse como “fideicomiso de garantía” o como “fideicomiso de garantía y pago”. En el primero, el fiduciario debe esperar el incumplimiento del deudor para la liquidación de los bienes o la utilización de los frutos para pagar la deuda. En el fideicomiso de garantía y pago, durante la vigencia del fideicomiso los frutos son destinados al pago de la deuda.

A continuación, analizaremos como la constitución de un fideicomiso de garantía en los casos de reorganización informal de la empresa, puede ser un instituto beneficioso para solucionar los inconvenientes que el deudor atraviesa, por medio de este mecanismo, de forma tal que, en esta etapa extrajudicial, el fideicomiso de garantía se presentará como un instrumento preventivo y saneador ante el agravamiento en las primeras demoras que generan los problemas financieros o económicos de la empresa con dificultades.

IV.3.- El Fideicomiso en Garantía como propuesta de Acuerdo Preconcurso Simple y de Acuerdo Preventivo Extrajudicial

La propuesta de acuerdo que el deudor dirige a sus acreedores en una situación de crisis financiera, económica, o en situación de cesación de pagos, es una de las fases más importantes para lograr un acuerdo preconcursal simple, o un acuerdo preventivo extrajudicial (APE), pues, permite al deudor, mediante el acuerdo al que llega con sus acreedores, intentar sanear y estructurar el pasivo que ha generado su mala situación económica o financiera, o la cesación de pagos, fundamento por el cual se celebra el acto.

La propuesta es el paso inicial para el acuerdo, y en el caso de un APE, en mérito a su naturaleza contractual, podrá requerir, conforme dispone el Art. 69 de la LCQ, la homologación judicial¹⁰⁰.

Dos fundamentos principales -desde la óptica del derecho-, nos llevan a inclinarnos por la posibilidad jurídica de proponer recurrir a la constitución del instituto del fideicomiso de garantía como un medio de alternativa para celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial o un acuerdo preconcursal simple.

El primer fundamento estaría dado por la “libertad de contenido” del acuerdo preconcursal, y que el APE encuentra expresa recepción en el art. 71 de la LCQ al disponer: “[...] Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren convenientes a sus intereses y es obligatorio para ellas aún cuando no tengan homologación judicial, salvo convención expresa en contrario [...]”.

Esa libertad de contenido y, por ende, la riqueza de la fórmula legal es lo que Alegría¹⁰¹ ha entendido como “el acuerdo extrajudicial, diverso y casuístico, que tiene el mérito de poder ser una figura plástica, flexible, adecuada a las reales necesidades de la técnica empresarial para supuestos de crisis. Por tanto, lo importante es que el andamiaje sea suficiente para el objetivo”.

¹⁰⁰ Ley 24.522, Art. 69º: “[Legitimado] El deudor que se encuentra en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial”.

¹⁰¹ ALEGRÍA, Hector, ob. cit., p. 278.

Dada la naturaleza contractual de los acuerdos preconcursales simples y de los acuerdos preventivos extrajudiciales, la libertad de contenido y el amplio margen de operatividad que brinda la regla de los arts. 1137 y 1197 Cod. Civ., sólo aminorado por la regla del art. 953 y el fraude a los acreedores, es fundamento más que suficiente para recurrir a la constitución de cualquiera de los acuerdos preconcursales.

El segundo fundamento es la propia naturaleza convencional del fideicomiso (art. 1, LF), lo que hace también a la compatibilidad entre los institutos.

IV.3.1.- Ventajas que la constitución de un Fideicomiso de Garantía puede presentar como propuesta en un Acuerdo Preconcursal y en un Acuerdo Preventivo Extrajudicial

A continuación, analizaremos algunas de las ventajas que presenta la constitución de un fideicomiso de garantía ante la eventual propuesta de celebrar un acuerdo preconcursal, o bien, un acuerdo preventivo extrajudicial con los acreedores del deudor, destinando para ello un porcentaje de los ingresos del último a sanear la mala situación económica o financiera que éste atraviesa, y logrando así continuar con la explotación de la empresa, de manera preventiva ante una eventual situación de cesación de pagos, y posterior peligro de declaración de quiebra del deudor.

Para ello, el fiduciante entregará en propiedad fiduciaria ciertos bienes, y el fiduciario tendrá el encargo de devolverlos al deudor –o al tercero según el caso-, una vez cumplida las obligaciones del deudor, o, en su caso, de liquidar los bienes, ante el incumplimiento del deudor, para, con el producido de la realización, pagar a los acreedores sus respectivos créditos.

Las ventajas que presenta la constitución de un fideicomiso de garantía como propuesta de un acuerdo preconcursal o APE, son:

a) Disocia empresa de empresario, tal como destaca Maffía¹⁰² cuando titula “la consigna de la hora: la conservación de las empresas socialmente útiles”, tenemos que esta figura del fideicomiso (aunque en su especie de garantía) permite diferenciar y disociar jurídicamente al empresario o director y a la empresa, aplicando las medidas o sanciones necesarias para el primero y manteniendo la empresa, como trascendente por los intereses a ella involucrados con relación a las figuras individuales. Si se otorgara en fideicomiso todo o parte de los bienes del deudor, estos bienes podrían gerenciarse adecuadamente sin perjuicio de punir a aquel empresario que ha llevado a la crisis financiera, o económica, o a la cesación de pagos.

b) La utilización del fideicomiso de garantía producirá los resultados deseados en el acuerdo preconcursal simple o en el APE, así, en el fideicomiso de garantía y pago, resultará la pronta liquidación de aquellas deudas garantizadas por intermedio de los bienes que ingresaren al patrimonio fideicomitado, como también la afectación de un patrimonio separado al del fiduciante que garantice, según el término o condición. Por su parte, en el fideicomiso de garantía propiamente dicho, en cumplimiento de lo pactado entre el deudor y sus acreedores, en caso de incumplimiento, se procederá a la liquidación del patrimonio afectado, realizando los bienes fideicomitados en la preferencia establecida y entregando el producido a los acreedores.

c) Las partes podrán convenir la posibilidad de incorporar nuevos inversores al fideicomiso de garantía. En tal caso, se tratará de fiduciantes-beneficiarios. Se deberá pactar previamente con los acreedores garantizados en el acuerdo preconcursal los términos para el ingreso de nuevos inversores, contemplando el orden de privilegios en el supuesto de liquidación del fideicomiso por cualquiera de las razones que lo habiliten.

Así, la constitución de un fideicomiso de garantía, y en el caso, también de inversión, ofrecerá garantía a los acreedores originarios, y al eventual inversor, pues, para el supuesto de intentarse el acercamiento de fondos genuinos tendientes a insuflar adecuado capital de giro, o para ser aplicado a una adecuada reestructuración, sería superior la cantidad y variedad de seguridades jurídicas que pueden darse a ese inversor

¹⁰² MAFFÍA, Osvaldo, “*Derecho concursal*”, V.P. de Zavalía, 1985, cap. V, “La consigna de la hora, la conservación de las empresas socialmente útiles”, ps. 161/229

mediante la aplicación de un fideicomiso de garantía que asegure, mediante la transmisión de los bienes fideicomitidos, una garantía de pago ante un eventual incumplimiento, ya que se encuentra en un patrimonio diferenciado de aquel que el deudor posee. Así, cuanto mayor es la certeza sobre los resultados, más fácil será planificar y crear modelos de riesgo y reembolso.

d) El deudor, advirtiendo su estado de mora, deberá reconocer que los fondos para solventar esa deuda deben efectuarse de modo separado al de su manejo administrativo y disposición económica normal, ya que, de otro modo, distraerá su atención y generará mayores costos, creando así un círculo vicioso que decantará en un eventual concurso falencial, o lo que es peor, en su quiebra.

A los fines de evitar tal supuesto, el saneamiento a través del fideicomiso en garantía podrá requerir un fiduciario profesional en saneamiento de deudas. La figura de este profesional podría ser de gran importancia porque podrá efectuar un adecuado diagnóstico de la situación y proponer objetivamente al deudor las posibles soluciones, como manejar adecuadamente el proceso de saneamiento de modo extrajudicial, esquematizado a través de un fideicomiso de garantía. Así, la tramitación del salvataje, de la renegociación, del acuerdo con los acreedores e incluso el proceso de liquidación, se podrá llevar a cabo a través de un patrimonio fiduciario que, preferentemente, deberá ser administrado por un especialista que elabore sus funciones con mecanismos ágiles y procedimientos abreviados acorde a su idoneidad en la materia, generando ello una adecuada expectativa de previsibilidad en los fines.

e) La constitución de un fideicomiso de garantía favorece a la categorización y las propuestas diferenciadas como pueden ser reestructuraciones empresarias, consolidaciones de deuda, ingeniería financiera, etc., la capacidad de adaptación del fideicomiso a diversos negocios jurídicos y su carácter contractual al que se suma el fuerte contractualismo que impera en esta etapa de materia preconcursal, hacen que la figura en cuestión sea un adecuado instrumento.

f) Puede ser una alternativa de liquidación de bienes anticipada en el acuerdo preconcursal y en el acuerdo preventivo extrajudicial que evite la quiebra. Con este marco jurídico, el deudor, junto con el comité de acreedores –de existir-, y los

acreedores, puede llegar, en situación de incumplimiento con el objeto del fideicomiso, a pactar una adecuada liquidación de bienes que evite los perjuicios de la liquidación judicial.

g) Celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial puede significar que el deudor no vea tan restringido su crédito, y ello vinculado a la certidumbre que generará la constitución de la garantía que produce un patrimonio escindido y destinado a satisfacer los créditos, como también destinado a generar nuevas rentas con el mismo objeto de satisfacer el cobro de las acreencias de sus acreedores.

h) En cuestiones de eficiencia, la rapidez del fideicomiso presentado como un acuerdo preconcursal o como un APE, frente a las tensiones en el funcionamiento de la empresa deudora en estado de crisis, muestra ventajas notables. Teniendo presente la experiencia argentina sobre los procedimientos concursales, los mismos están plagados de recursos, dobles instancias, incidencias, cautelares, suspensión de subastas, etcétera. Con el consiguiente desgaste de la explotación y muchas veces satisfacción exclusiva de gastos causídicos, sin satisfacción de las acreencias de acreedores y mayor perjuicio para el deudor.

i) Otra seguridad que otorga la conformación de un fideicomiso de garantía, es que podrá acompañarse con la creación de Comités de Acreedores, a modo de “asambleas” quienes desempeñarán un rol importante en los procesos de reorganización y fiscalización en el cumplimiento de lo acordado por las partes. Estos Comités se comprometerán con el fiduciario en negociaciones activas respecto de una variedad de puntos de interés en el proceso, incluyendo la posibilidad de elaboración de un plan de reorganización empresarial.

j) En el caso del APE, los acreedores gozan de ciertas garantías adicionales para defender mejor sus derechos, como ser la dispuesta en el art. 74 LCQ¹⁰³, la obligación de publicar por medio de edictos el acuerdo celebrado, en el caso, la constitución de un

¹⁰³ Art. 74 LCQ: “Publicidad: La presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer mediante edictos que se publican por cinco días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del tribunal y un diario de gran circulación del lugar. Si el deudor tuviere establecimientos en otra jurisdicción judicial debe publicar los edictos por el mismo plazo en el lugar de ubicación de cada uno de ellos y en su caso en el diario de publicaciones oficiales respectivo.”

fideicomiso en garantía. En el acuerdo preconcursal tal garantía de publicidad para los acreedores se encontraría en el supuesto que, basado en el principio de autonomía de la voluntad que tienen los contratantes, se disponga la obligación de publicar la constitución del fideicomiso de garantía como objeto del acuerdo celebrado.

IV.4.- Liquidación del fideicomiso ante el incumplimiento del deudor-fiduciante

En el supuesto en que el deudor incumpla con su obligación principal objeto del fideicomiso de garantía, el fiduciario deberá proceder a liquidar la garantía, y a pagar a los acreedores del deudor, de conformidad con el procedimiento pactado en el acto constitutivo. Asimismo, una vez cumplida la obligación de liquidar la garantía, y pagar a los acreedores, para el caso que hubiera existido remanente alguno, procederá a entregárselo al deudor fiduciante, o a un tercero si ello se hubiera pactado.

IV.5.- Constitución de Fideicomiso e Ineficacia Concursal

Existen al momento de celebrar un acuerdo preconcursal simple, o un APE, factores que las partes deben considerar a los fines de suscribir un fideicomiso de garantía, principalmente al encontrarse el fiduciante en una situación de crisis, ante la posibilidad de enfrentar en el futuro una posible quiebra o concurso preventivo del fiduciante-deudor.

Por ello, trataremos la cuestión de cómo juega la constitución de un fideicomiso de garantía frente al sistema de ineficacias concursales legislada en la ley 24.522 entre los arts. 115 a 124, que se estructura a partir del período de sospecha (art. 116), y de los llamados actos ineficaces de pleno derecho (art. 118), actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos (art. 119), contemplando también expresamente la posibilidad de la revocatoria ordinaria o pauliana (art. 120), cuando esa constitución cae en el período de sospecha, y se produce la quiebra del deudor-fiduciante¹⁰⁴.

Tal como enseña Funes¹⁰⁵ el problema puede darse en la quiebra del fiduciante, cuando se hubiera fideicomitado los bienes durante el período de sospecha, debido a que en

¹⁰⁴ GAMES Y ESPARZA, “*Fideicomiso y Concursos*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 94.

¹⁰⁵ FUNES, J. Saturnino, “*Fideicomiso. El fiduciario en la ley 24.441*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 91.

determinadas circunstancias tal acto podría ser declarado ineficaz. El autor manifiesta que la ley de quiebras no se refiere en especial a los casos en que la disposición de bienes del fallido durante el período de sospecha haya sido realizada por medio del fideicomiso, y que por tal razón se deberán aplicar las disposiciones generales relativas a la ineficacia contenidas en la ley, atendiendo siempre al resultado último de la ejecución del fideicomiso.

Consideramos prudente distinguir dos supuestos, según que el fideicomiso se haya constituido antes de la fecha fijada como inicio del período de sospecha o después de la fijación de iniciación de ese período. Para el supuesto que el fiduciante lo haya constituido antes, los acreedores podrán iniciar la acción revocatoria común siempre que se cumplan los requisitos de procedencia de ésta¹⁰⁶. Para el otro supuesto, el autor da como ejemplo que si se hubiera establecido que el beneficiario recibiera la propiedad de los bienes fideicomitidos a título gratuito de haberse celebrado ese fideicomiso en el período de sospecha, será un acto de los denominados por la ley ineficaz de pleno derecho por estar comprendido en el art. 118, inc. 1° de la LCQ¹⁰⁷.

En los casos en que el fideicomiso no produzca como resultado algunos de los supuestos contemplados en el art. 118 LCQ, la transmisión de los bienes también podrá ser declarada ineficaz si se configuran los requisitos del art. 119 LCQ, poniendo como ejemplo el caso que el beneficiario o el fiduciario tuviera conocimiento en el momento de su constitución del estado de cesación de pagos del fiduciante y no prueban que el fideicomiso no causó perjuicio alguno a la masa de acreedores. La declaración de ineficacia concursal respecto de la constitución del fideicomiso implica que la masa de acreedores puede comportarse con relación al acto como si nunca hubiera existido, consecuencia ello de la inoponibilidad¹⁰⁸.

La ineficacia concursal de pleno derecho del art. 118, presenta tres supuestos¹⁰⁹. Los incisos 1°: *Actos a título gratuito*, y 2°: *Pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad*, entendemos que no ofrecen mayores dificultades al tema tratado en el presente trabajo, por

¹⁰⁶ FUNES, J. Saturnino, *ob. cit.*, p. 93.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰⁹ GAMES Y ESPARZA, *ob cit.*, p. 103.

considerar que en ninguno de los casos, se ajusta a la problemática que la constitución de un fideicomiso en garantía podría generar. Ello, considerando que al inc. 1º, tal como fuera explicado oportunamente, en cuanto entendemos que la transmisión de la propiedad no es a título gratuito ni oneroso, sino a título fiduciario, y que la condición de gratuidad u onerosidad del fideicomiso no la otorga la remuneración que se de al fiduciario en contraprestación por su tarea, sino, por la naturaleza de la transmisión del bien fideicomitado, es decir, a título fiduciario.

El problema surge al analizar el inc. 3º del art. 118 LCQ: *Constitución de hipoteca, prenda o cualquier otra preferencia, respecto de la obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía*. Creemos que un fideicomiso de garantía podría ingresar dentro de la calificación de “preferencia”, ya que entendemos a esta palabra como el género que comprende o puede comprender varias especies (entre éstas, los privilegios especiales, como una prenda o hipoteca; o prelaciones temporales para el cobro, como podría ser un derecho de pronto pago, etc.). No obstante ello, consideramos como principio la oponibilidad del fideicomiso, y su excepción la inoponibilidad en caso de fraude¹¹⁰.

Creemos que al fideicomiso de garantía, ante la problemática que la ineficacia concursal genera, será preferible constituirlo de forma tal que el deudor se encuentre en condiciones de obtener las mayorías necesarias de sus acreedores, a los efectos de no asumir riesgos ante una eventual cesación de pagos del fiduciante-deudor, para lograr, frente a tal circunstancia, estar en condiciones de homologar el acuerdo judicialmente conforme las disposiciones del APE, y encontrarse así resguardado frente a los posibles planteos de inoponibilidad que terceros ajenos al acuerdo, o los mismos acreedores que suscribieron, pudieran realizar, asegurando los términos del fideicomiso frente a su homologación, garantizando la plena vigencia de los términos del acuerdo preconcursal, y del patrimonio fideicomitado.

IV.6.- De la carga de verificar un crédito garantizado con un fideicomiso de garantía ante la quiebra o concurso preventivo del deudor-fiduciante

Tal como venimos señalando, en el fideicomiso, el fiduciante se desprende de la propiedad del bien fideicomitado, y por ello, sus acreedores no pueden agredirlo, salvo

¹¹⁰ GAMES Y ESPARZA, *ob cit.*, p. 105.

que la transferencia pudiera ser atacada por fraude o simulación. Así, en el fideicomiso de garantía el bien estará fuera del patrimonio del fiduciante.

Ahora bien, ante el supuesto que se declare la quiebra del fiduciante-deudor, o bien, su concurso preventivo, y, entendiendo que la solicitud de verificación de créditos constituye el núcleo sustancial de todo el proceso concursal, pues determina que acreedores resultan legitimados para participar en el concurso y decidir sobre las propuestas de acuerdo y cual es la graduación que les corresponde a sus acreencias, tal como dispone el Art. 32 de la LCQ¹¹¹, nos planteamos ¿cual es la situación de los acreedores beneficiarios respecto de sus créditos garantizados con el fideicomiso de garantía constituido previo al concurso o quiebra del fiduciante-deudor?; ¿los créditos de los acreedores garantizados, deben ser verificados en el concurso preventivo o quiebra?, y en su caso, ¿tienen algún privilegio?

En la figura en estudio, es importante destacar que comúnmente el beneficiario-acreedor tiene una expectativa de cobro superior al común de los acreedores. Dicha expectativa, encuentra sustento en que en el fideicomiso de garantía el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes al fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquel, designando como beneficiario al acreedor, para que en caso de incumplimiento, se pague la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria¹¹². Así, los dos primeros interrogantes que comúnmente se deben responder son si el acreedor-beneficiario debe verificar su crédito ante el concurso y si, en su caso, goza de privilegio especial.¹¹³

En doctrina existen posiciones contrapuestas respecto a la carga de verificar un crédito garantizado en un fideicomiso de garantía, encontrándose quienes están a favor y en contra de ello.

¹¹¹ Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, Art. 32: “*Todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegio....*”, “*....El pedido de verificación produce los efectos de la demanda judicial, interrumpe la prescripción e impide la caducidad del derecho y de la instancia.*”

¹¹² KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., “*Tratado del Fideicomiso*”, 2° Ed., Bs. As. 2004, Ed. Depalma, p. 463.

¹¹³

<http://www.bomchil.com/files/publicaciones/Acerca%20de%20la%20carga%20de%20verificar%20el%20credito%20garantizado%20con%20un%20fideicomiso%20de%20garantia%20y%20la%20preferencia%20emanada%20del%20mismo.pdf> (acceso el 10-III-2012).

(i) Quienes se encuentran a favor de la verificación del crédito, sostienen que en el fideicomiso, los bienes del fiduciante-deudor o de un tercero son transmitidos a un patrimonio separado, y permanecen inmunes a los demás acreedores del fiduciante-deudor o del tercero y del fiduciario. Así las cosas, en el fideicomiso de garantía dichos bienes están afectados a garantizar los créditos identificados en su constitución siendo beneficiarios los acreedores de tales créditos (artículos 1 a 15 de la Ley N° 24.441)¹¹⁴.

Por su parte, normalmente las partes pactan que el remanente de bienes no utilizados en la satisfacción de los créditos garantizados debe volver al fiduciante-deudor, como fideicomisario (artículo 1° de la ley N° 24.441). Por ello, y conforme tiene dicho ALEGRÍA, tales características pueden llevar a preguntarse si esta afectación particular, consentida por el acreedor, podría interpretarse como una novación de los créditos así respaldados¹¹⁵.

La jurisprudencia ha entendido en los autos “Trenes de Buenos Aires S.A. s/ concurso preventivo s/ Incidente de apelación” que “resulta procedente la verificación tanto del fideicomiso como de la garantía toda vez que su constitución no produce la novación ni la extinción de la obligación garantizada”. La Cámara ha ratificado –aunque con una composición distinta- el criterio sustentado en la causa “Pino Camby”¹¹⁶. En tal oportunidad la Sala E, abiertamente ha expresado compartir la corriente jurisprudencial que sostiene que el beneficiario-acreedor no tiene la carga de presentarse a verificar su crédito en el concurso¹¹⁷.

ALEGRÍA en su comentario al fallo Pino Camby opinó que el Tribunal había resuelto correctamente dicho caso, analizando para ello la Cámara las cláusulas contractuales respectivas, fundándose en la inexistencia de pacto expreso sobre novación o renuncia de derechos, medio extintivos que no se presumen (la Cámara en aquella oportunidad citó los artículos 812, 815 y 874 del Código Civil). Destacó dicho autor, que la constitución de un fideicomiso en garantía, aún consentida por el acreedor sin reserva

¹¹⁴ <http://www.bomchil.com/files/publicaciones/Acerca...> (acceso el 10-III-2012)

¹¹⁵ Citando a ALEGRÍA, Héctor, <http://www.bomchil.com/files/publicaciones/Acerca...> (acceso el 10-III-2012)

¹¹⁶ CNCom, sala E, 24/11/2004, “Pino Camby S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Acosta, José León y otros”.

¹¹⁷ CNCom, Sala D, 9/9/2008, “Trenes de Buenos Aires S.A. s/ concurso preventivo s/ Incidente de apelación”.

alguna, no produce novación de la obligación garantizada ni significa, por ende, la extinción de sus otras obligaciones legales o convencionales¹¹⁸. Ergo, no habiendo novación de la obligación resulta procedente cumplir con la carga legal de verificar el crédito ante el concurso. CARREGAL se enrola en esta postura, y dice que producido el concurso preventivo o la quiebra del fiduciante-deudor cuya obligación es garantizada a través de un fideicomiso de garantía todos los acreedores deben formular ante el síndico el pedido de verificación de sus créditos en virtud de lo dispuesto por el artículo 32 y 126 de la ley N° 24.522¹¹⁹.

Por su parte, KELLY sostiene que corresponde al beneficiario-acreedor cumplir con esta carga, toda vez que las normas de fideicomiso no permiten interpretar que se ha eximido al beneficiario de cumplir con tal carga¹²⁰.

(ii) Ahora bien, quienes se encuentran en contra de la verificación del crédito, tanto en doctrina como jurisprudencia, han considerado innecesaria la verificación de la garantía (o del fideicomiso) sobre la base, principalmente, de que esa constitución importó la exclusión de los bienes objeto de la fiducia. En este sentido, se ha expedido la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial en el fallo de fecha 9 de septiembre del 2008, caratulado “Trenes de Buenos Aires”¹²¹. En esa oportunidad la Sala D determinó que el beneficiario-acreedor sólo tiene que denunciar la garantía fiduciaria en el concurso del fiduciante a simple título informativo, pero nunca en calidad de privilegio o preferencia, porque se trata de una garantía que afecta un activo ajeno al patrimonio del concursado¹²².

En sentido similar HEREDIA ha sostenido que: “el acreedor-beneficiario no deberá verificar su crédito en el proceso respectivo, ni rendir cuentas en el mismo caso de remate no judicial, tal como si sería exigible para el caso de los acreedores de garantías reales”¹²³.

¹¹⁸ Citando a ALEGRIA, Héctor, <http://www.bomchil.com/files/publicaciones/Acerca...> (acceso el 10-III-2012).

¹¹⁹ CARREGAL, Mario E., “*Reflexiones sobre los Fideicomisos de Garantía y su Problemática Concursal, El Fideicomiso de garantía*”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, p. 463.

¹²⁰ KELLY, Julio, “*Fideicomiso de Garantía*”, JA 1998-III-782.

¹²¹ <http://www.bomchil.com/files/publicaciones/Acerca...> (acceso el 10-III-2012)

¹²² BARREIRA DELFINO discrepa con esta solución dada por la sentencia, y funda su oposición en la necesaria obligación de verificar por parte del beneficiario su crédito, ya que los derechos emergentes de la relación crediticia son canalizados sobre el patrimonio del concursado.

¹²³ HEREDIA, Pablo D., “*Tratado exegético de derecho concursal*”, t. 1, p. 677, Ed. Abaco, Bs. As., 2000.

CAMERINI entiende que no existe tal carga en virtud de que los bienes del fiduciante-deudor, fueron transmitidos en propiedad fiduciaria a un fiduciario, para que en caso de incumplimiento de la obligación principal del fiduciante-deudor, el fiduciario los enajene y con su producido pague al beneficiario-acreedor¹²⁴.

Esta corriente doctrinal y jurisprudencial entiende que el fideicomiso constituye un patrimonio separado con un método previsto específicamente para su liquidación por lo que, en caso de insolvencia, se procede a liquidar el fideicomiso y repartir el producido entre los beneficiarios sin necesidad de intervención en el proceso concursal del fiduciante-deudor¹²⁵.

(iii) El crédito que debe verificarse, es ¿privilegiado o quirografario?. En el fallo del 14 de julio de 2010 la Cámara de Nacional de Apelaciones Sala E en autos “Feroanco S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación (por Sinsbur S.A.)”, la alzada sostuvo que como los bienes fideicomitidos han sido apartados del patrimonio del deudor-fiduciante (artículo 14 de la ley N° 24.441) resulta procedente reconocer el crédito simplemente como quirografario, pues no existe garantía alguna en el patrimonio de la concursada. Y agrega, que si bien el acreedor beneficiario goza de una preferencia para el cobro de su crédito, la misma afecta un activo que no está en el patrimonio del fiduciante-deudor, sino en el patrimonio separado fiduciario. El Tribunal aclara que el hecho de que el crédito se verifique con carácter de quirografario no implica el desconocimiento o la pérdida de virtualidad de la preferencia que goza el acreedor sobre los bienes fideicomitidos. Por lo tanto, en esa inteligencia debe ser verificado con carácter de quirografario eventual.

Así, la Sala E ratifica el criterio sentado en el fallo “Cash”¹²⁶ donde se declaró procedente la verificación realizada por el Banco Hipotecario de su crédito en calidad de quirografario por el eventual saldo insoluto luego de la realización de la garantía.

¹²⁴ CAMERINI, Marcelo, “El fideicomiso de garantía frente al concurso del fiduciante”, LA LEY 2009-E, p. 356.

¹²⁵ <http://www.bomchil.com/files/publicaciones/Acerca...> (acceso el 10-III-2012).

¹²⁶ CNCom, Sala E, 3/4/2008, “Cía. De Serv. Hipotecarios S.A. (CASH) s/ Conc. Prev”.

En sentido similar se ha dicho que el acreedor con garantía fiduciaria debe verificar su crédito eventual como quirografario, absteniéndose de votar, precisando el deber del fiduciario de abstenerse de proceder a la ejecución de la garantía mientras esa verificación no se lleve a cabo¹²⁷.

De lo expuesto, surge que existe una corriente que sostiene que el acreedor-beneficiario tiene la carga de verificar el crédito emanado de un fideicomiso en garantía en el concurso o quiebra del fiduciante-deudor, siendo los principales argumentos de esta corriente: (a) la constitución del fideicomiso de garantía no importa per se la novación o renuncia de los derechos de las partes, entre ellas la carga de verificar; y (b) la carga de verificación surge en virtud de lo dispuesto en los artículos 32 y 126 de la ley N° 24.522.

Contrariamente, están quienes han dicho que no existe tal carga, puesto que los bienes del fiduciante-deudor son transmitidos al fiduciario en propiedad fiduciaria con fines de garantía, y que como consecuencia de tal transferencia el deudor-fiduciante ha dejado de ser el propietario de los bienes fiduciarios por lo que mal puede pretenderse que el acreedor-beneficiario deba cumplir con la carga de la verificación.

Por otra parte, la doctrina emanada del fallo “Feroanco S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación (por Sinsbur S.A.)” sostiene que debe reconocerse el crédito derivado de un fideicomiso en garantía simplemente como quirografario ya que no existe garantía alguna en el patrimonio de la concursada. El tribunal aclara que el hecho de que se verifique como quirografario no implica el desconocimiento de la preferencia sobre los bienes fideicomitidos por lo que corresponde verificarlos como quirografarios por el eventual saldo insoluto luego de la realización de la garantía.

Atento la posición jurisprudencial y doctrinaria mayoritaria, entendemos que es recomendable realizar la verificación en el concurso preventivo o la quiebra. Ello en virtud que aún cuando en el fideicomiso el bien fiduciario ha salido del patrimonio del deudor - fiduciante a fin de que en caso de incumplimiento, el acreedor-fiduciante vea garantizado el cobro de su acreencia; no debe perderse de vista que en lo que respecta al

¹²⁷ DUBOIS, Eduardo F. (h.), “La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, El Derecho, ejemplar del 2-9-2008.

crédito, la constitución del fideicomiso de garantía no importa la novación de la obligación garantizada, por lo que resulta procedente la verificación, ello acorde a lo dicho por la jurisprudencia.

Así resulta recomendable para el acreedor-beneficiario verificar su crédito en el concurso o la quiebra como acreedor quirografario eventual a fin de cobrar el saldo insoluto una vez ejecutada la garantía.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo, hemos considerado diversas variantes que pueden ayudar al deudor al momento de decidir, de modo preventivo, sanear su situación empresarial en caso de crisis financiera o económica, o en el supuesto de encontrarse en cesación de pagos. Para ello, estudiamos un instituto que permita al deudor lograr su objetivo de salvar la empresa, de una forma rápida y segura, y sin la necesidad de acudir al concurso preventivo normado en la Ley de Concursos y Quiebras, porque encontramos que para el empresario el concursarse preventivamente genera, en la generalidad de los casos, serios perjuicios debido a la mayor lentitud del proceso concursal opuesto al dinamismo que requiere la actividad empresarial, el excesivo formalismo, la onerosidad del proceso judicial (costas, honorarios, etc.), la repercusión pública y consecuente complicaciones para el deudor de hacerse de nuevos créditos y la pérdida de confianza de sus acreedores, y de las entidades bancarias.

Frente a tal situación, analizamos una alternativa para que, de modo previo, o ante la crisis, el deudor consiga de manera preventiva sanear su situación sin la necesidad de recurrir al proceso judicial.

Así las cosas, analizamos que debería ofrecer el empresario para que sus acreedores estén dispuestos a celebrar con aquel un acuerdo prejudicial para refinanciar su pasivo, o acordar una espera o quita en el pago de sus acreencias, y la respuesta a tal planteo fue que debe existir garantía y confianza suficiente de que el deudor saneará su situación, y cumplirá sus obligaciones con los acreedores, demostrando además las ventajas que ofrecerá para acreedores y el deudor, la celebración de un acuerdo extrajudicial, por su informalidad, rapidez, y mayor economía por evitar las cuantiosas costas judiciales.

Atendiendo la necesidad de confianza y garantía, estudiamos el fideicomiso en general y principalmente en su tipo particular, de garantía, encontrando en este último un instrumento idóneo para el saneamiento de deudas, por generar mayor seguridad para los acreedores la existencia de un patrimonio escindido al patrimonio del deudor, por ser indisponible por el empresario-fiduciante y oponible frente a eventuales acciones de terceros contra el patrimonio del deudor-fiduciante, o bien contra el del fiduciario y contra cualquiera de los beneficiarios.

El fideicomiso de garantía, ofrece también mayores seguridades, porque, al proponer constituir un fideicomiso de garantía o de garantía y pago, los acreedores ven resguardadas sus acreencias en tanto, ante el incumplimiento del deudor-fiduciante, nos encontramos frente a una garantía autoliquidable que otorga, nuevamente, mayores beneficios de tiempo y menores costos que si se realizara judicialmente.

Hemos visto asimismo las posibilidades de instrumentar un fideicomiso de garantía o de garantía y pago a través de un acuerdo preconcursal, simple o como acuerdo preventivo extrajudicial, entendiendo que al no requerir el presupuesto sustancial de cesación de pagos, exigible en caso de concurso preventivo, el deudor puede atender con mayor antelación su situación, evitando una posible crisis económica o financiera, conviniendo con sus acreedores de las formas mas variadas, y que, por encontrarnos frente a una figura contractual, que se rige por la legislación común, no da lugar a la automática declaración de quiebra indirecta del deudor.

La celebración de un acuerdo preconcursal no exige que se respete igualdad de trato entre los acreedores, permitiendo acordar condiciones diferentes en cada caso, dando mayor flexibilidad a las partes al momento de atender los intereses particulares de los acreedores y del deudor.

Finalmente, observamos las diferencias, sus efectos ante la decisión de instrumentar el fideicomiso de garantía como un acuerdo preconcursal simple, o como un acuerdo preventivo extrajudicial, las consecuencias jurídicas que cada uno de estos contratos generarían *inter partes*, como frente a terceros; también el eventual incumplimiento del deudor-fiduciante, y lo que podría suceder frente al posterior concurso preventivo o quiebra del deudor-fiduciante.

Con todo ello, a través de la constitución de un fideicomiso de garantía como alternativa al concurso preventivo hemos procurado brindar una herramienta al empresario que se encuentra en una mala situación económica o financiera, para que logre revertir tal hecho de forma más flexible, económica y menos riesgosa, que la establecida para el concurso preventivo. Esperamos haber cumplido con tal cometido.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ARAYA Tomás M., y TERÁN Mario B., “*Derecho Económico Empresarial*”, “*El fideicomiso de garantía y la cesión de crédito en garantía como garantías autoliquidables ante la insolvencia*”, Ed. Feyde, Buenos Aires.
- BELLO KNOLL, Susy Inés, “*Fideicomiso Público*”, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España 2011.
- BORDA, Guillermo, “*Tratado de derecho civil*”, Parte gral, Ed. Perrot, Buenos Aires, t. II, 1986.
- BORETTO Mauricio, “*Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2005.
- CAMERINI, Marcelo, “*El fideicomiso de garantía frente al concurso del fiduciante*”, LA LEY 2009-E.
- CARREGAL Mario, “*Fideicomiso de Garantía*”, en *Derecho Empresario actual*, Cuadernos de la Universidad Austral, T. 1, Buenos Aires, 1996.
- CARREGAL, Mario E., “*Reflexiones sobre los Fideicomisos de Garantía y su Problemática Concursal*”, *El Fideicomiso de garantía*, Ed. Heliasta.
- DUBOIS, Eduardo Favore (h.), “*La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso*”, *El Derecho*, ejemplar del 2-9-2008.
- FREIRE, Bettina, “*El Fideicomiso, sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*”, Primera Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.
- FUNES, J. Saturnino, “*Fideicomiso. El fiduciario en la ley 24.441*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
- GAMES, Luis María F.- ESPARZA, Gustavo A., “*Fideicomiso y Concursos*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- HEREDIA, Pablo D., “*Tratado exegético de derecho concursal*”, t. 1, p. 677, Ed. Abaco, Bs. As., 2000.
- KIPER, Claudio M., LISOPRAWASKI, Silvio V., “*Tratado del Fideicomiso*”, Segunda edición, Buenos Aires 2004, Ed. Depalma.
- LASCALA, Jorge Hugo, “*Practica del Fideicomiso*”, Buenos Aires, Ed. Astrada, 2005.
- LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- LISOPRAWASKI, Silvio V., y KIPER, Claudio Marcelo, “*Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*”, Depalma, Buenos Aires 1995.
- LORENZETTI, Ricardo L., “*Tratado de los contratos*”, t. 3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil. Parte general*”. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1967, t. II.
- MAFFÍA, Osvaldo, “*Derecho concursal. La consigna de la hora, la conservación de las empresas socialmente útiles*”, V.P. de Zavalia, Buenos Aires, 1985.
- MARTORELL, Ernesto E., “*Tratado de los contratos de empresa*”, t. 2, 2º ed. Actualizada, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz, “*Tratado teórico práctico de fideicomiso*”, 2º edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

- PERALTA MARISCAL, Leopoldo, “*¿Fideicomiso de Garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!*”, ED. La Ley
- ROITMAN, Horacio, “*Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 y Modificatorias*”, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ROULLIÓN, Adolfo A. N., “*Régimen de concursos y quiebras, Ley 24.522*”, Ed. Astrea, Edición 15°, Buenos Aires, 2008.

REVISTAS

- ALEGRÍA Hector, “*Las garantías autoliquidables*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n°2, Garantías, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- CINILLO, Oscar A., “*El contrato de fideicomiso de garantía*”, RDPC, 2001-3-212.
- MÁRQUEZ, José F., “*El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante*”. RDPC, 2003-1-137.
- MOISSÉT DE ESPANES, “*Contrato de Fideicomiso*”, “Revista del Notariado”, 1995, número extraordinario.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “*Negocios Fiduciarios con fines de garantías (Trust o fideicomiso de garantía)*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 2, Garantías, 1996.
- PERALTA MARISCAL, Leopoldo, “*Negocio fiduciario con fines de garantía como acto jurídico ineficaz*”, RDPC, 2001-3-233/234.
- SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., “*El fideicomiso y el fraude*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

JURISPRUDENCIA

- CNCIVIL, Sala B, “*Donoldo Dario c/ Banco Hipotecario*”, 5 de Septiembre de 2006, La Ley On Line, AR-JUR/8846-2006
- CNCom, Sala D, “*Trenes de Buenos Aires s/ Concurso Preventivo*”, 9 de Septiembre de 2008, La Ley On Line, AR-JUR/10966/2008
- CNCom, sala E, “*Pino Camby S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Acosta, José León y otros*”, 24/11/2004.
- CNCom, Sala E, “*Feroanco S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Verificación (Por Sinsbur S.A.)*”, 14/07/2010, ElDial.com-AA6324.
- CNCom, Sala E, “*Cía. De Serv. Hipotecarios S.A. (CASH) s/ conc. prev.*”, 3/4/2008.
- CNCom, Sala VIII, 31/10/2005, *in re “Romi SRL s/acuerdo preconcursal”*, SyC 36-144.

INDICE

<i>INTRODUCCIÓN</i>	1
I.- EL FIDEICOMISO	3
I.1.- Nociones Generales	3
I.2.- Consideraciones y evaluación del Fideicomiso en la Ley 24.441	4
I.3.- Concepto	6
I.3.a).- De la transmisión a “ <i>título de confianza</i> ” en el Fideicomiso	7
I.3.b).- De la naturaleza del Fideicomiso	7
I.3.c).- Puntos esenciales del Fideicomiso	8
I.4.- Sujetos que intervienen en el Fideicomiso	8
I.4.1.- Sujetos	9
I.4.1.a).- Partes Necesarias	10
I.4.1.b).- Terceros Interesados	10
I.4.1.1.- El Fiduciante	10
I.4.1.1.a).- Derechos y obligaciones del fiduciante	11
I.4.1.1.a.1.- Principio General. Derechos Reservados	11
I.4.1.2.- El Fiduciario	12
I.4.1.2.a).- Derechos y obligaciones del fiduciario	13
I.4.1.2.a.1.- Principio General	13
I.4.1.3.- El Beneficiario	14
I.4.1.3.a).- Derechos y obligaciones del beneficiario	15
I.4.1.4.- El Fideicomisario	15
I.4.1.4.a).- Derechos y obligaciones del fideicomisario	16
II.- EL PATRIMONIO	17
II.1.- Influencia del <i>Trust</i> anglosajón en la Legislación Argentina	17
II.2.1.- El Patrimonio General	17
II.2.2.- El Patrimonio Especial	18
II.2.2.a).- <i>Doctrina Clásica</i>	18
II.2.2.b).- <i>Doctrina Alemana</i>	18
II.3.- El Patrimonio de Afectación	20
II.3.1.- Naturaleza Jurídica del <i>Trust</i> y el Patrimonio de afectación	22
II.3.2.- Efectos de la constitución de un Patrimonio de afectación	26
III.- EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA	28
III.1.- Concepto	28
III.2.- Posición de los sujetos intervinientes en la relación jurídica fiduciaria	30

III.2.1.- <i>El Fiduciante del Fideicomiso de Garantía</i>	30
III.2.2.- <i>El Fiduciario del Fideicomiso de Garantía</i>	30
III.2.3.- <i>El Beneficiario del Fideicomiso de Garantía</i>	31
III.2.4.- <i>El Fideicomisario del Fideicomiso de Garantía</i>	31
III.3.- Efectos y ventajas de la constitución del Fideicomiso de Garantía	31
III.3.1.- Patrimonio Separado	31
III.3.2.- Una Garantía Autoliquidable	32
III.3.3.- Diferencias del Fideicomiso de Garantía con la las garantías reales de hipoteca y prenda con registro	32
III.4.- Conclusión	36
 IV.- EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO PROPUESTA DE ACUERDO PRECONCURSAL Y COMO ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL	38
IV.1.- Introducción	38
IV.1.a).-De los requisitos esenciales de “confianza” y “garantía” para la constitución de un Fideicomiso de Garantía	39
IV.2.- De las modalidades de contratación, el “Acuerdo Preconcursal Simple” y el “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”	40
IV.2.a).-Ventajas de constituir un Acuerdo Preconcursal Simple o un Acuerdo Preventivo Extrajudicial	41
IV.2.b).-Diferencias entre la celebración de un Acuerdo Preconcursal Simple y un Acuerdo Preventivo Extrajudicial	45
IV.2.c).-Diferencias entre la constitución de un “Fideicomiso de Garantía” y un “Fideicomiso De Garantía y Pago”	46
IV.3.- El Fideicomiso de Garantía como propuesta de Acuerdo Preconcursal Simple y de Acuerdo Preventivo Extrajudicial	47
IV.3.1.- Ventajas que la constitución de un Fideicomiso de Garantía puede presentar como propuesta en un Acuerdo Preconcursal y en un APE	48
IV.4.- Liquidación del Fideicomiso ante el incumplimiento del deudor-fiduciante	52
IV.5.- Constitución de Fideicomiso e Ineficacia Concursal	52
IV.6.- De la carga de verificar un crédito garantizado con un fideicomiso de garantía ante la quiebra o concurso preventivo del deudor-fiduciante	54
 <i>CONCLUSIÓN</i>	61
 <i>BIBLIOGRAFÍA</i>	63