

**ALGUNAS CONTROVERSIAS PRESENTES EN EL ARTÍCULO 16 DE LA
LEY 24.441**

Por Juan Pablo Ingolotti

Sumario

**I. PÓRTICO - II. FIDEICOMISO ¿QUIEBRA O LIQUIDACIÓN?–
III. PROBLEMÁTICA DEL ART. 16 DE LA LEY 24.441 – IV. LEGITIMACION
PARA LA VERIFICACIÓN DEL CRÉDITO – V. CONCLUSIÓN.**

I.- PÓRTICO

El presente trabajo se perfila en hacer un breve análisis de la problemática e insuficiencia de tratamiento legislativo del fideicomiso frente al concurso de acreedores o una quiebra. En especial partiremos de la premisa positiva respecto a la presentación en concurso de un fideicomiso llegando a la hipótesis frente a una posible “quiebra” o como veremos adelante “liquidación” y la forma de repartir lo liquidado; a su vez vamos a adentrarnos en la problemática entorno al art. 16 de la Ley de Financiamiento de la vivienda y la construcción, Fideicomiso, Hipoteca N° 24.441(en adelante LF). Por último, se analizará en forma concisa la cuestión de si el fideicomiso debería verificar en el concurso preventivo del fiduciante y con que privilegio.

II.- FIDEICOMISO ¿QUIEBRA O LIQUIDACIÓN?

Si bien entendemos que el fideicomiso no quiebra como reza el art. 16 entendemos que es posible que se presente en concurso preventivo o bien que el fiduciario logre un Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) ante un estado de cesación de pagos, no solo porque no está prohibido por la ley, sino para que no lleve a su liquidación y se le otorgue la posibilidad de resurgir de la crisis financiera que afronte.

Highton, Mosset Iturraspe y Paolantonio y Rivera parten de la pregunta ¿Puede el patrimonio fideicomitado quebrar? Sosteniendo que la norma niega esa posibilidad y en su lugar dispone lisa y llanamente su “liquidación”.¹ La norma contempla la posibilidad de una ayuda contractualmente establecida del instituyente, fideicomitente o beneficiario para evitar la quiebra, siendo el liquidador el fiduciario y su tarea consistiría en la venta de los bienes para luego atender a los acreedores respetando el orden de los privilegios²

Villegas sostiene que siendo el fideicomiso un contrato o acto jurídico no puede ser sujeto de quiebra, de ahí, que el art. 14 LF dispone que ella no es procedente. La liquidación la debe realizar el fiduciario, quien debe enajenar los bienes fideicomitados y pagar según el orden de los privilegios establecidos en la LCQ.³

Asimismo Amallo sostiene que el legislador ha optado por la liquidación en lugar de la quiebra, regulando el tema en los art. 15 y 16 L.F. para el fideicomiso en general y el art. 23 y 24 L.F. para el fideicomiso financiero.⁴

En fin, si bien gramaticalmente son distintos pensamos que es lo mismo a los fines prácticos ya que la quiebra lleva necesariamente a la liquidación de los bienes,

¹ HIGHTON, MOSSET ITURRASPE Y PAOLANTONIO Y RIVERA, “Reformas al Derecho Privado”, Ed. Rubinzal – Culzoni 1995, p.55.

² GAMES, Luis María F. y ESPARZA, Gustavo A. “Fideicomiso y Concursos” Ed. Depalma – 1997- P.128-131

³ VILLEGAS, Carlos Alberto, “Operaciones Bancarias” Ed. Rubinzal Culzoni – 1996 t. II cap.XII. p.7/81

⁴ AMALLO, Daniela M. “Fideicomiso. Fideicomiso, los fondos comunes de inversión y las sociedades de objeto especial como instrumento de financiamiento – Ed. Depalma – 1996 – p.107/147.

aunque en el supuesto del fideicomiso no financiero tiene un tratamiento especial sobre la persona que tiene la facultad de liquidar.

IV.- PROBLEMÁTICA DEL ART. 16 DE LA LEY 24.441

Ante todo debemos partir de lo expresado por el legislador en la norma del art. 16 L.F. que reza:

“**ARTICULO 16.** — Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.”

Dejando aclarado en el apartado anterior el tema de la liquidación del fideicomiso; en este párrafo nos dedicaremos a analizar lo que llamaríamos nuevo régimen de desjudicialización del proceso concursal en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender obligaciones en ejecución del fideicomiso.

Antes de adentrarnos en el tema de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos debemos hacer mención brevemente de la primera mención del artículo, por la cual separa expresamente el patrimonio del fiduciante de los bienes fideicomitidos antes las obligaciones que surjan en la ejecución del fideicomiso. Es aquí donde el legislador, a mi entender, instituye el “patrimonio separado” respecto a los posibles ataques de acreedores del fiduciante, es decir que aquí se le otorgó la especial protección, estructura y funcionamiento del instituto del fideicomiso.

Éste proceso de desjudicialización surge atento a que en la norma expresamente otorga a una persona física o jurídica privada (el fiduciario) a realizar la liquidación de los bienes fideicomitidos y a su vez será quien entregue el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra pero si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.

Se puede denotar que el legislador otorgó dos facultades patentes en cabeza del fiduciario ante un proceso liquidatorio del fideicomiso, la de “enajenar los bienes” o *liquidar* propiamente dicho y la de “entregar lo producido conforme a los privilegios de la Ley 24.522” o *repartir* conforme a derecho.

Respecto a la primera facultad estimamos que se llegó a la conclusión de que el fiduciario lograría obtener un mejor precio en la liquidación de los bienes que en la instancia de un remate judicial. En este punto cabe hacer referencia a lo manifestado por la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, quien dijo expresamente que “toda la construcción legal en pos de lograr la determinación del pasivo y, al mismo tiempo, evitar su desguace mediante las acciones individuales, no sirve de nada si su contracara, la realización del activo falencial, no se produce en un tiempo tal que el dividendo concursal sea de cierta utilidad para los acreedores. Transcurrido ese lapso de tiempo, que es inexorable, los acreedores se desentienden absolutamente del procedimiento por la sencilla razón de que el costo del seguimiento del expediente es mas alto que las expectativas de cobro de sus acreencias”⁵

Es decir, que el legislador prefirió que el liquidador sea aquel que se encuentre en mas en contacto con los bienes fideicomitidos y prevee que será él quien mejor defienda el precio de los mismos en pos de resguardar con mayor intensidad el derecho de la masa de acreedores.

Caso contrario sería llevar a remate judicial dichos bienes que no asegurarían de manera objetiva el mejor precio, acarreando demoras y costos que

⁵ Segunda Jornada Preparatoria del VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia referida a: La Liquidación Judicial y Extrajudicial en la Quiebra. Privatización del proceso de liquidación. Distribución. Auxiliares y Funcionarios”- Realizada el 12 de Noviembre de 2008 – Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires.

inciden sobre aquel a quien deben proteger, los acreedores, o mas bien su derecho constitucional de propiedad, art. 17 de la carta Magna, que ha sido vulnerado injustamente.

Por otro lado no debemos vulnerar, en lo mas mínimo, el derecho de defensa en juicio y debido proceso del deudor garantizado en el art. 18 de la Constitución Nacional como así también en el art. 8 inc. 1 de la Convención Americana de Derecho Humanos, Pacto San José de Costa Rica,⁶ es así como el Supremo Tribunal de la Nación ha establecido que “el ejecutado tiene la posibilidad de cuestionar la deuda que se le atribuya mediante un proceso de conocimiento, de carácter declarativo, que si bien no paraliza la ejecución, tampoco se ve impedido por ésta. Por ello, la decisión que niega al deudor la mencionada facultad resulta descalificable por arbitrariedad.”⁷

Por ello creemos que la solución que brinda el legislador en el párrafo, estableciendo como podríamos llamar una especie de enajenador, en términos del art. 88 Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (LCQ) al fiduciario, es acertada dada el conocimiento y contacto con los bienes fideicomitidos, como así también se presumirá que el pueda conseguir a los interesados en la compra de los mismos logrando una venta rápida y a un precio razonable.

De igual forma y siendo el fiduciario liquidador se plantea el inconveniente cuando contra el mismo se inicia demanda de remoción por incumplimiento de obligaciones contractuales o responsabilidad en la insolvencia producida. En este supuesto creemos que la liquidación corresponderá que se realice por medio de un tercero o en forma judicial.

Ahora debemos indagar y criticar la segunda facultad que otorga el legislador al fiduciante, como mencioné anteriormente la de *repartir*. Una vez que el

⁶ ARTICULO 8.- GARANTIAS JUDICIALES. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.

⁷ ED 123- 280 “Laperuta c/ The Chase Manhattan Bank”, SCJN, 5-2-1987.

fiduciante haya liquidado los bienes fideicomitidos, este deberá entregar lo producido conforme a los privilegios establecidos en la LCQ, pero de esta simple actividad otorgada surgen varios interrogantes ¿Qué conocimiento tiene el fiduciario de la LCQ? ¿Es constitucional tal atribución? ¿Es justo que sea el fiduciario el que tenga la última palabra sobre los privilegios?

Consideramos que las preguntas anteriores no tienen una sola respuesta pero resulta importante destacar y obtener varias reflexiones.

En primer lugar consideramos que la liquidación de un patrimonio puede ser judicial o extrajudicial, nada indica la ley sobre que alternativa deberá aplicarse al caso. Esta relativa indeterminación además se ve agravada, pues difiere la elección al fiduciario y puede suceder que éste haya sido el causante de llegar a ese estado de liquidación, con lo cual se podría sanamente presuponer que tampoco ha de ser el mejor liquidador, o elegir la mejor vía.⁸

En segundo lugar pensamos que el fiduciario podrá ser quien, con apoyo de la ley concursal y algún otro profesional, distribuya conforme a derecho otorgando la posibilidad de recurrir a la vía judicial a los acreedores que consideren afectados en sus privilegios.

Claro está que según el art. 3876 del Código Civil dispone que los privilegios solo pueden derivar de una disposición de la ley no pudiendo el deudor crear privilegios a favor de ningún acreedor. Así también la LCQ en su art. 239 establece el carácter *numerus clausus* de los privilegios en un concurso o quiebra. En otras palabras, como dijo el Dr. Adolfo A. N. Roullion, cuando existe concurso y dentro de él, los privilegios los privilegios creados en otras leyes quedan excluidos de toda posibilidad de hacerlos valer para concurrir en los procesos colectivos.⁹

⁸ GAMES, Luis María F. y ESPARZA, Gustavo A. “Fideicomiso y Concursos” Ed. Depalma – 1997- P.140-144.

⁹ ROULLION, Adolfo A.N. “Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522” Ed. Depalma – 2006 – p.346.

Del otro lado debemos destacar que en un estado de derecho, como el nuestro, son los magistrados judiciales quienes gozan del imperium para impartir justicia en el caso concreto y en la norma analizada parecería ser que dicha facultad ha pasado en manos del fiduciario, por lo que desde este punto de vista sería claramente inconstitucional otorgando el poder de los jueces a particulares.

Otro problema que se denota de la norma y que la tilda de inconstitucional es que no se menciona plazo alguno para que el fiduciario obtenga la liquidación de la totalidad de los bienes por lo que estimamos que debería ser, al menos, en el mismo plazo otorgado por el art. 217 LCQ, es decir cuatro meses, bajo apercibimiento de algún tipo de sanción al fiduciario salvo justificación razonable. Asimismo sería prudente que, depende el tipo de bienes fideicomitidos, se le exija al fiduciario la asistencia de profesionales tales como abogados, martilleros, contadores, etc.

V.- LEGITIMACION PARA LA VERIFICACIÓN DEL CRÉDITO

En este punto concisamente analizaremos la posibilidad que tiene el fideicomiso de insinuar su crédito en un pasivo concursal.

Veremos que, del art. 18 de la LF se puede inferir que será el fiduciario el encargado, responsable y legitimado en verificar algún crédito por el cual el fideicomiso sea acreedor; el legislador ha imbuido al fiduciario de la facultad de ejercer **todas** las acciones que sean necesarias en defensa de los bienes fideicomitidos y esto incluye la de solicitar la verificación de un crédito.

Para su mejor análisis vemos que dicho artículo reza: “el fiduciario se encuentra legitimado para ejercer **todas las acciones** que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario. El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente”.

Vemos también que el artículo otorga la legitimación amplia al fiduciario para defender los intereses del fideicomiso pero también existe una legitimación del fiduciante o del beneficiario siempre y cuando el juez lo autorice, a esta legitimación la llamaríamos “legitimación indirecta con autorización judicial”.

Asimismo, debemos tener presente que la ley 25.589 ha incorporando artículos a la LCQ, posibilitando tanto al fiduciario como a los bonistas individualmente para que puedan verificar créditos y estableciendo también su forma de votar el acuerdo; tema que la ley hoy contempla en forma expresa en los art. 35 bis y 45 bis de la LCQ y resultan aplicables para los casos de créditos del fideicomiso financiero, tenedores de títulos valores, fondos comunes de inversión y de procesos de securitización.¹⁰ Sobre este tema y luego de un análisis profundo solo resta decir que en el art. 54 bis inc. 8 de forma aislada el legislador mantiene su convicción que en todos los casos será el juez quien “pueda disponer las medidas pertinentes para asegurar la participación de los acreedores y la regularidad de la obtención de las conformidades o rechazo”.

En fin, si la verificación la solicita el fiduciario, este deberá acreditar personería con los instrumentos correspondientes (contrato de fideicomiso, etc.), como así también la forma por la cual ha sido designado, demostrar legitimación presente, es decir, que no haya cesado su designación (ver art. 9 LF) y que no existan intereses contrapuestos, y a su vez, cumplir con los requisitos del art. 32 de la LCQ

VI.- CONCLUSIÓN

Consideramos que en caso del concurso o quiebra del fiduciante el crédito de los beneficiarios deberán, indefectiblemente, verificarse. Esto surge de la carga que establecen los art. 32 y 126 de la LCQ y a su vez será de suma importancia a fin de

¹⁰ Su análisis excede el presente trabajo y que aconsejamos ampliar en AMALLO, D. *El fideicomiso, los fondos comunes de inversión y las sociedades de objeto especial como instrumento de financiamiento*, Cuadernos de la Universidad Austral N° 2, p. 107. - MALUMIAN, M., DILOTTI, A., GUTIERREZ, P., *Fideicomiso y Securitización. Análisis fiscal, legal y contable*, LL Bs.As.2001 - LISOPRAWISKY, S.V., *La securitización. Necesidad de una legislación de fideicomiso*, LL 1994-B, p. 1171. - ALEGRIA, H. *Securitización*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2005-3, Contratos bancarios, p. 293.

demostrar si el contrato de fideicomiso fue realizado dentro del período de sospecha por lo que, *prima facie*, resultaría ineficaz. Creemos y coincidimos con Teplitzchi Eduardo A. quien citando al Dr. Carregal dice: que la preferencia es el género y privilegio es la especie, las diferencias son mayores que los parecidos, pero donde los criterios deben ser extremadamente restrictivos es en el caso específico de la quiebra o concurso del fiduciante, donde la responsabilidad del fiduciario es aún mayor. Por ello en el caso del concurso del fiduciante, el beneficiario del fideicomiso no tiene otra preferencia que la que surge del negocio jurídico insinuado, o sea un crédito quirografario, atento a la aplicación restrictiva del orden de privilegios en materia concursal.¹¹

Del mismo modo es importante hacer referencia a la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala E en los autos “Cía. De Servicios Hipotecarios S.A. (Cash) s/ Concurso Preventivo”¹² en la cual se confirmó la sentencia del juez a quo que habría declarado verificado con carácter eventual una acreencia (del Banco Hipotecario) derivado de los saldos que pudieren existir luego de la liquidación de las garantías.

Respecto a la facultad que otorga la ley al liquidador aparentemente parece de fácil aplicación aunque se deberá ver en cada caso que no se vulnere el derecho de los acreedores y el principio fundamental de la ley concursal la *par condicio creditorum*, y de ser así seguramente deberá intervenir el órgano judicial.

Del mismo modo debemos referirnos y asentir que en el concurso preventivo y, con más fuerza en la quiebra, por tratarse de un proceso que instrumenta una ejecución colectiva, el principio del *prior in tempore potior iure* que da fundamento, en las acciones individuales, a la preferencia concedida al embargante anterior sobre el posterior, se reemplaza entonces por la regla *par condicio creditorum*, según la cual todos los acreedores, de iguales características, deben recibir un tratamiento parejo¹³,

¹¹ TEPLITZCHI, Eduardo A “La verificación del Crédito con preferencia fiduciaria” obra coordinada por ARECHA Martín, DUBOIS Favier, RICHARD Efraín H. y VITOLLO, Daniel.

¹² LA LEY 30/04/2008, 10 - IMP 2008-11 (Junio), 1005.

¹³ HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal” – 2000 - Ed. Abaco de R. Depalma pp.223 y sgtes.

siendo así uno de los principios que rigen el derecho concursal. Este principio no significa que haya nivelación o equiparación entre la universalidad de acreedores, sino que solamente implica trato igualitario en iguales circunstancias ¹⁴ y la distinta posición personal de un acreedor solo puede estar determinada por un privilegio en el cobro del crédito, siendo estos otorgados exclusivamente por la ley.

A su vez nunca debemos negar que el fideicomiso es una herramienta que bien utilizada es de mucha utilidad para los negocios actuales y no demonizar tal figura, es aclaratorio lo manifestado por el Dr. Mario A. Carregal en un trabajo publicado en la Ley donde expresa "La tentación a la que no es fácil sustraerse es afirmar que la verdad está en el huido justo medio: Ni renegar del fideicomiso de garantía degradándolo frente al concurso del fiduciante al punto de prescindir de la protección que brinda el crédito, ni sacralizarlo de modo tal que resulte intocable. Sí, es necesario crear conciencia sobre su creciente importancia como herramienta al servicio del progreso económico, de la evolución social y del bienestar general, al que será inútil pretender acceder sin inversión sustentable amparada en la seguridad jurídica"¹⁵.

Así también queda demostrado que el legislador nunca trató las leyes 24.441 y 24.522 de forma armónica e íntegra sino que cada ley se instituyó por separado.

Por último, de lo expuesto podemos claramente poner en tela de juicio el frágil tratamiento legislativo del fideicomiso en caso encontrarse en un estado de cesación de pagos o frente a su liquidación; y cada vez que nos enfrentemos a un concurso del fiduciante se profundizan más las grietas del instituto ante la presencia de terceros perjudicados por el contrato.

¹⁴ CNCom., Sala B, 9/10/84, " Casaca S.A."- ED T° 114, p. 294.

¹⁵ CARREGAL, Mario - "El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía". Ob. cit., pág. 1217.