

TEMA II. PUNTO 4. FIDEICOMISOS.

AUTORES:

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS Y LUCIA SPAGNOLO¹

TITULO:

“FIDEICOMISOS ‘ATÍPICOS’ E INSOLVENCIA: CASOS EN QUE PROCEDE LA QUIEBRA”.

I.-SUMARIO:

- 1.- Para que se configure un “fideicomiso” no alcanza con un mero nominalismo y es necesario que se cumplan ciertos requisitos o presupuestos legales, formales y materiales.
- 2.- Cuando tales requisitos no se presentan se configuran los “fideicomisos atípicos”, como son los casos: donde no hubo transferencia de bienes; sin fiduciante al constituirse; con identidad entre fiduciante y fiduciario; con fiduciario aparente que encubre al desarrollador; con delegación de la administración del fiduciario; o cuando se instrumenta para violar una incompatibilidad legal; o cuando se reemplaza a una “sociedad”, entre otros.
- 3.- Dado que la improcedencia de ser declarado en quiebra rige solo para los fideicomisos que sean tales, en el caso de “fideicomisos atípicos” la quiebra es posible. En consecuencia los fideicomisos atípicos, cuando por su estructuración y funcionamiento contenga los elementos de una “sociedad”(Sección IV), podrán ser declarados en quiebra, con todas sus consecuencias.
- 4.- Los operadores jurídicos, al momento de estructurar los fideicomisos, y al hacerlos funcionar, deberán cuidar de cumplir con los recaudos de “tipicidad” como modo de evitar contingencias.

II.-PONENCIA

1.-¿QUÉ HACE FALTA PARA QUE EXISTA UN FIDEICOMISO?

Frente a la gran proliferación de “negocios de fideicomiso”, principalmente en materia de construcción de inmuebles, financiamientos bancarios e inversiones agrícolas, cabe preguntar qué hace falta para que desde el punto de vista legal exista un “fideicomiso” y, por ende, se configure un patrimonio separado, inmune a los riesgos ajenos al negocio en sí -como son el arrepentimiento, quiebra o muerte de las partes y/o la acción de sus acreedores individuales- y, sobre todo, exento del riesgo de quiebra.

¿Es suficiente dar a un contrato el nombre de “fideicomiso”, calificar a la parte que entrega una cosa como “fiduciante” y a la parte que la recibe como “fiduciario”, o es necesario algo más?

¹ Libertad 569, piso 9º, C.A.B.A. (cod.1115) 011-4382-0973; Mails: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com; lspagnolo@favierduboisspagnolo.com

A nuestro juicio, para que se configure un “fideicomiso” no alcanza con un mero nominalismo y es necesario que se cumplan ciertos requisitos o presupuestos legales, formales y materiales, exigidos antes por el régimen de la ley 24.441 (arts. 1 a 26) y ahora por el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1666 a 1707), que son los que determinan en cada caso la “tipicidad” del contrato de que se trate, o sea, su adecuación a la ley.

Entre tales requisitos de “tipicidad” del fideicomiso, como ya hemos tenido oportunidad de señalar², se encuentran los siguientes: que además del “contrato” de fideicomiso haya una “transferencia” fiduciaria de los bienes (“bifrontalidad”); que haya dos sujetos (fiduciante y fiduciario) reales e independientes (“alteridad”); que el verdadero “fiduciario” sea el designado y no otro (“transparencia”); que cumpla su rol de administrar y disponer sobre el patrimonio fideicomitado (“especificidad de roles”); que siendo el fideicomiso un mero instrumento el negocio subyacente sea claro y sea lícito (“vehicularidad” y “legalidad”); que el fideicomiso no reemplace a otro negocio típico de orden público (“infungibilidad”); y que sus cláusulas respeten las reglas de tutela del deudor contenidas en normas indisponibles del sistema jurídico (“respeto de tutelas”).

2.-LOS FIDEICOMISOS ATÍPICOS.

Como derivación de ello, cuando tales requisitos de tipicidad no se encuentren presentes, se estará ante los que hemos denominado “fideicomisos atípicos”, entre los que señalamos, a título de ejemplo, los siguientes casos:

1.-Fideicomisos sin transferencia de bienes: Se presenta cuando el contrato se firma pero nunca se cumplen los requisitos legales y materiales para la transferencia de los bienes a favor del fiduciario y a título de fideicomiso (tradición, notificaciones, escrituras, inscripciones registrales, etc.). Se suele preentar en los “fideicomisos de caja”³ cuando los fondos no están en las cuentas del fiduciario y en los “fideicomisos financieros” cuando la cesión de la cartera de créditos no se notificó a los deudores⁴ (“bifrontalidad”).

2.-Fideicomisos sin “fiduciante” al momento de instrumentarse. Ocurre en algunos fideicomisos cuando un fiduciario profesional estructura el fideicomiso, dicta todas sus cláusulas, y luego sale a buscar fiduciantes-beneficiarios que adhieran y realicen aportes (“alteridad”)⁵.

3.-Fideicomisos con identidad sustancial entre fiduciante y fiduciario. Se presenta, entre otros casos, cuando el fiduciante y el fiduciario integran un mismo grupo económico y responden a una única voluntad y control (“alteridad”).

4.-Fideicomisos con fiduciario “aparente” que encubre al “desarrollador” como fiduciario “oculto”. En algunos casos, el “dueño del negocio” es el desarrollador, que es quien arma el

² Ver Favier Dubois, E.M. (h): “Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima”, La Ley tomo 2010-F, pag.842.

³ Ver Favier Dubois, E.M. (h): “Fideicomiso de protección de la caja de la empresa. Fundamento legal, ventajas y límites”, Errepar, DSE, nro. 312, tomo XXV, Noviembre 2013, pag. 1207 en coautoría con E.M.Favier Dubois (pater).

⁴ En el caso “Equity Trust Company (Argentina) S.A. s/inc. de apelación e/a Saturno S.A. s/conc.prev.”, la Cámara Civil y comercial de Neuquén, Sala Ia., resolvió, con fecha 29 de abril de 2010, expte. 51.385/9, que no habiéndose concluido los trámites y prestaciones preliminares a la firma del contrato definitivo de fideicomiso financiero y el inicio de la oferta pública se trataba de un contrato con prestaciones recíprocas pendientes, en los términos del art. 21 de la ley 24.522, y declaró su resolución a pedido del deudor concursado y originante.

⁵ El tema de los fideicomisos “abiertos”, donde los fiduciantes-beneficiarios son meros adherentes de un contrato absolutamente preestablecido con cláusulas que sujetan sus derechos a lo decidido por asambleas, y donde lo que pueden hacer en caso de incumplimiento es muy limitado, les puede asignar carácter de consumidores y merece un estudio especial.

negocio, fija las reglas, asigna los roles, elige a los fiduciantes originales, designa al fiduciario, designa a la empresa constructora, administra e invierte los fondos recibidos, pero actúa sin asumir ningún rol formal en el contrato y sin asumir responsabilidad alguna frente a las otras partes y a los terceros, cuando en realidad es quien tiene el poder de ejercicio sobre la propiedad fiduciaria (“transparencia”).

5.-Fideicomisos donde el fiduciario delega sus deberes al fiduciante o a otros sujetos. A veces el fiduciario no administra sino que delega la administración al propio fiduciante (casos Bonessi donde quien cobraba las cuotas fideicomitidas era el propio deudor⁶, y de algunos fideicomisos inmobiliarios de garantía⁷), o delega a un tercero (cuando en los fideicomisos agrícolas se traslada la explotación a una sociedad anónima, o en los de construcción se contrata una empresa que se hace cargo de todo⁸) (“especificidad de roles”).

6.-Fideicomisos que se instrumentan para violar una prohibición o incompatibilidad legal del fiduciante. Lo que el fiduciario no puede hacer por sí tampoco lo puede hacer mediante un fideicomiso. Se presenta en los fideicomisos societarios cuando los directores accionistas transfieren sus acciones para que el fiduciario vote y apruebe su gestión, lo que ellos no pueden hacer (art.241 ley 19.550) (“vehicularidad” y “legalidad”).

7.-Fideicomisos para titularidad de una “empresa comercial” en reemplazo de una sociedad típica. Si dos o mas personas entregan fondos a un tercero por treinta años para que éste ponga en marcha un negocio relativo a una explotación empresaria, lo administre, les rinda cuentas, les entregue las utilidades periódicas y, al final del plazo, lo liquide y entregue el remanente ¿pueden optar libremente por instrumentar un “fideicomiso” o deben necesariamente constituir una “sociedad” y someterse al “orden público societario” (formalidad, capacidad, inscripción registral, contralor estatal, régimen de capital y dividendos, contabilidad, fiscalización, responsabilidad de socios y administradores y eventual declaración de quiebra)? Si bien se trata de un tema controvertido⁹, entendemos que debe acudir necesariamente al régimen societario (“infungibilidad”)

8.-Fideicomisos de garantía con adjudicación directa de bienes al acreedor en caso de incumplimiento. Las normas de tutela del deudor contenidas en las normativas de la hipoteca y de la prenda, por las cuáles el acreedor no puede adjudicarse directamente el bien sino que debe venderlo en subasta pública (vgr. art. 2198 CCCN), ¿pueden soslayarse en un fideicomiso de garantía adjudicando el bien directamente al acreedor?. Entendemos que no (“respeto de tutelas”).

⁶ Ver Favier Dubois, E.M. (h):“Fideicomisos financiero, flujo de fondos y concurso preventivo. El caso “Bonessi”: Conclusiones provisorias y temas abiertos”, en La Ley, T.2009-F pag.727 y stes.-

⁷ Ver Favier Dubois, E.M. (h):”El fideicomiso inmobiliario de garantía y su validez frente a los concursos”, en “Problemas y Cuestiones sobre los Concursos”, Vitolo-Pardini (Directores), Buenos Aires, 2006, Ed.Ad Hoc, pag.125.

⁸ Ver sobre el tema Molina Sandoval, Carlos A “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”, La Ley, 1-10-07, pag.1, año LXXI nro.188;

⁹ Ver a favor del fideicomiso societario: Etcheverry, Raul Anibal “El fideicomiso como contrato asociativo”, en R.D.C.O, nro.199, Septiembre 02, pag. 517; Shekendemian, Lucas Federico “Fideicomisos societarios: ¿Abuso o tendencia?”, en IX Congreso Argentino de Derecho Societario, Univ.Nacional de Tucumán, 2004, t.3, pag. 273; Cash, Guillermo “El fideicomiso visto como alternativa a la sociedad comercial”, Errepar, DSE, nro.247, junio 08, t.XX, pag.516. Ver también Catuogno, Juan Luis “Fideicomisos con objeto financiero. Injustificado desigual tratamiento respecto de empresas de base societaria o unipersonales”, La Ley Actualidad del 21-7-09, pag.1, año LXXIII, nro.136.

3.-LA CONSECUENCIAS DE LA ATIPICIDAD EN CASO DE INCUMPLIMIENTO O INSUFICIENCIA PATRIMONIAL.

Ahora bien, estas “atipicidades”, muchas de ellas opinables, carecen de mayor interés mientras las partes del fideicomiso y los terceros involucrados cumplan debidamente sus obligaciones.

El problema se plantea cuando aparecen los incumplimientos y, sobre todo, al momento de la “insuficiencia” del fideicomiso¹⁰, lo que está comenzando a manifestarse en el mercado argentino desde hace ya un tiempo con fundamentos “internos” de cada fideicomiso (abusos de los organizadores, indebidos apalancamientos, desvíos de fondos recibidos, mala administración, etc.) y fundamentos “externos” (crisis económica general donde conviven depresión, inflación, presión tributaria y restricciones cambiarias).

En tales supuestos, a los riesgos propios de cada negocio y a los riesgos de la mala administración, se suman a nuestro juicio, en los casos de “fideicomisos atípicos”, determinados riesgos legales.

Es así que la ausencia de los elementos tipificantes antes referidos podrá determinar que los bienes aportados puedan seguir siendo agredidos por los acreedores del fiduciante-deudor para quienes el fideicomiso no es oponible, que se trate de un fideicomiso “nulo” con obligaciones de restitución de lo entregado, que el “fiduciario” y/o el “desarrollador” deban hacer frente a responsabilidades no previstas, que se impute lo actuado por el fiduciario al fiduciante, que se anulen las adjudicaciones de bienes, etc.

4.-LA QUIEBRA DEL FIDEICOMISO ATÍPICO.

Sabido es que el fideicomiso no es susceptible de ser declarado en quiebra (art. 1687, tercer párrafo, del CCCN).

Se trata de una de sus mayores fortalezas, junto con la posibilidad de aislar los riesgos del negocio subyacente de todos los riesgos circundantes (arrepentimiento, incumplimiento, quiebra, divorcio o muerte de las partes).

Sin embargo, el fideicomiso no quebrará mientras sea un “fideicomiso”.

Si bajo el nombre del fideicomiso se instrumentó, en la realidad de sus prestaciones y funcionamiento, un fideicomiso atípico que por su estructura importa una verdadera “sociedad”, en tanto presenta los elementos del art. 1º de la LGS y es encuadrable en la Sección IV de dicha ley, no cabe duda que la insuficiencia patrimonial podrá dar lugar a la quiebra del patrimonio y a las consecuentes acciones de recomposición, responsabilidades, extensión y acciones penales.

5.-EL ASESORAMIENTO DE LOS PROFESIONALES.

Sobre tales bases, entendemos conveniente que los operadores jurídicos en materia de fideicomisos (abogados, escribanos, contadores, corredores, etc.) tengan en cuenta dichas contingencias al momento de asesorar a sus clientes y de estructurar los respectivos instrumentos, de modo de eliminar o reducir los casos de “atipicidad” y de eventual quiebra, permitiendo consolidar un instituto jurídico excepcional para facilitar los negocios en el mundo moderno como es el “fideicomiso”.

¹⁰ Ver Favier Dubois, E.M. (h): “La contabilidad del fideicomiso y la insuficiencia del patrimonio fideicomitado”, en “Nuevos Aportes al Derecho Contable”, Editorial Errepar, Bs.As., agosto de 2011, pag. 173 y en Errepar, DSE, nro. 287, Tomo XXIII, octubre 2011, pag. 1047 en co-autoría con Eduardo M. Favier Dubois (pater).