

***XL Simposio Nacional de Profesores
Universidad Nacional de Mar del Plata
Mar del Plata - 27 y 28 de Setiembre 2018***

Área: CONTENIDOS PROGRAMATICOS

Quiebra - Liquidación de bienes en la quiebra.

Título:

“Fideicomiso Inmobiliario. Su liquidación judicial y la normativa concursal”.

Autora:

María Silvia Vighenzoni

Contadoras Públicas (UBA)

Especialistas en Sindicatura Concursal (U.N.A.)

Profesora

UBA- Facultad Ciencias Económicas - Actuación Profesional Judicial – Adjunta Regular

UCES –Facultad Ciencias Económicas – Sindicatura Concursal-Actuación Judicial – Adjunta

msvighenzoni@yahoo.com.ar

Resumen

La 24.441 conocida como Ley del Fideicomiso, fue derogada por la ley 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación. Las normas que rigen el Contrato de Fideicomiso quedaron incorporadas en el Libro III, Título IV, Capítulos 30 y 31 del mencionado cuerpo legal.

Por definición del art 1666 hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario que se designa por contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario

Así en el negocio fiduciario existen elementos sustantivos que intervienen: el fiduciante, quien constituye el fideicomiso; el fiduciario, que elegido por el fiduciante administra el fideicomiso, la obligación de transmisión del dominio de los bienes objeto del contrato al fiduciario, el o los bienes sobre los cuales se constituirá el contrato de fideicomiso, los beneficiarios que recibirán las ganancias de la administración del contrato y los fideicomisarios que serán los destinatarios finales de los bienes fideicomitados. El fideicomiso no es un sujeto de derecho ni goza de personalidad jurídica, sino, es un contrato creado para lograr una finalidad determinada

Tras una breve introducción al marco conceptual del contrato de fideicomiso- se hace un análisis del fideicomiso inmobiliario o de construcción, por ser una de las formas más difundidas de utilización de esta herramienta jurídica y haberse judicializado los primeros casos de liquidación de fideicomiso inmobiliarios.

Con la reglamentación del dominio fiduciario se incorpora una reforma trascendental en el art 1687, la que le delega al juez la libertad para proceder a la liquidación judicial del fideicomiso y la tarea de determinar las normas de la Ley de Concursos y Quiebras que considere “pertinentes” para el desarrollo del proceso liquidativo; tales como la designación de una sindicatura - que intervendrá garantizando independencia frente a los componentes de la relación fiduciaria-, la presentación de los acreedores en un proceso verificadorio, la conformación del pasivo y su graduación, la determinación de eventuales responsabilidades en el accionar de los administradores del fideicomiso y el proceso adecuado de liquidación del activo, que según la particularidad del fideicomiso, garantice los mejores resultados para la posterior distribución de los fondos obtenidos entre los beneficiarios y acreedores, conforme las pautas de la Ley 24522.

Resulta importante destacar que el mencionado artículo del CCCN. , así como las normas contenidas en el ordenamiento concursal previsto por la Ley 24.522, revisten orden público y por ende, poseen mayor jerarquía que las disposiciones privadas establecidas por las partes en el contrato de fideicomiso

En este trabajo se abordará algunos de los nuevos paradigmas que tal modificación importó, atento que la ley de concursos y quiebra no tiene incorporadas en su normativa las reformas introducidas por el CCCN y en lo particular por el contrato de fideicomiso, en tanto requiere una interpretación judicial de alguna de las reglas establecidas en ella, teniendo en consideración que se trata de la liquidación de un contrato, y como tal no podría ser asimilado a una sociedad.

El fiduciario podría unilateralmente solicitar la liquidación judicial del fideicomiso por la inaplicabilidad de la normativa prevista por los arts. 82 y 6 de la LCQ, en tanto el fideicomiso no es una persona jurídica, no es un sujeto de derecho, ni goza de personalidad jurídica, es un contrato creado para lograr una finalidad, y por tanto la ratificación de la decisión del órgano de administración del fideicomiso no requiere ratificación de asamblea o reunión de beneficiarios-fideicomisarios.(adherentes-inversores en el caso del fideicomiso de construcción) por cuanto la misma no cuenta con las características y naturaleza de un órgano societario.

La confesión de insolvencia formulada por el Fiduciario conforme lo dispuesto por el Art. 79 Inc.1 y Art. 86 de la LCQ- resulta más que suficiente para que el magistrado disponga la apertura del procedimiento de liquidación judicial.

Por su parte el síndico deberá presentar los informes sustanciales del proceso: el informe individual de créditos del art.35 LCQ, no asignando la ley preferencia o privilegio alguno para los acreedores por los aportes realizados, excepto la posibilidad de aplicar el art 146 del ordenamiento concursal; el informe general previsto por el art.39 LCQ con el análisis particular de los incisos vinculados a la causas de desequilibrio, valuación del activo a liquidar, fijación de la fecha de cesación de pagos y determinación de actos susceptibles de revocación por ser ineficaces de pleno derecho o por conocimiento de la cesación de pagos (arts 118 y 119) en atención especial a la responsabilidad del fiduciario, y también deberá dar fundada opinión respecto de los supuestos contemplados por los arts. 189 y 190 de la Ley concursal, con relación a la posibilidad de continuación de la actividad, para el caso la consecución de las tareas para el cumplimiento del contrato.

I- Introducción

A partir de la vigencia de la ley 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), se derogaron entre otras la ley 24.441 conocida como Ley de Fideicomisos¹, y las normas que rigen el Contrato de Fideicomiso quedaron incorporadas en el Libro III, De los Derechos Reales; Título IV De los contratos en particular, Capítulos 30 y 31 (arts 1666 a 1707) del mencionado cuerpo legal².

Define el art 1666-CCCN que *“Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario que se designa por contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.*

Se define al fideicomiso en forma similar al art. 1 de la Ley 24.441³, lo cual importa que se continúe situando a este instituto en el marco contractual. Por tanto el fideicomiso no es un sujeto de derecho ni goza de personalidad jurídica, sino, es un contrato creado para lograr una finalidad determinada.⁴

Para una mejor comprensión de su funcionamiento, definiremos los elementos característicos del negocio fiduciario:

1. Un sujeto activo, que se obliga y es quien constituye el fideicomiso – FIDUCIANTE
2. Un sujeto pasivo, que se obliga a administrar el fideicomiso – FIDUCIARIO.
Puede ser una persona humana o jurídica.
Solamente pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores.
3. Un bien o varios bienes sobre los cuales se constituirá el fideicomiso. – BIENES FIDEICOMITIDOS
4. La obligación de transmisión del dominio al fiduciario de los bienes objeto del fideicomiso sujetos a condición.
5. La existencia de un mandato concreto de parte del fiduciante al fiduciario para que éste cumpla con el cometido que se le encarga, el cual deberá enunciarse claramente en el CONTRATO DE FIDEICOMISO.
6. La elección de un BENEFICIARIO (por parte del fiduciante) que recibirá las ganancias o beneficio que surgan de la administración del fideicomiso. Este puede ser una persona humana o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato.
Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario.
En caso que el fiduciario sea también beneficiario, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes del contrato.
7. El FIDEICOMISARIO es la persona a quien se le transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos. No puede ser fideicomisario el fiduciario.
8. La independencia total de los bienes fideicomitidos tanto del patrimonio del fiduciante como del fiduciario, constituyendo en sí mismo un “patrimonio autónomo pleno”.

El contrato de fideicomiso se caracteriza por la confianza (fiducia), elemento distintivo por el cual se relaciona a la persona que entrega los bienes (fiduciante) y quien los recibe y los administra (fiduciario).

La cuestión central del éxito del fideicomiso y su extensiva utilización en distintos negocios, especialmente en el de la construcción, es el aislamiento o independencia de los bienes que fueron afectados al fideicomiso ya que quedan separados de cualquier eventual agresión, de cualquier naturaleza y privilegio, por parte de acreedores particulares del fiduciante y del fiduciario.

Los bienes entregados por el fiduciante al fiduciario, y por tanto afectados al fideicomiso, pasan a ser un patrimonio que responderán por las acreencias propias del fideicomiso, teniendo entonces autonomía plena.⁵ El fiduciario sin perjuicio de

¹ Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción.

² La Sección 1º- Disposiciones generales regula el contrato de fideicomiso: se define el negocio fiduciario (art 1666), contenidos del contrato (art 1667) plazo de duración (art 1668), su forma (1669) y objeto (1670). En la Sección 2º - Sujetos (arts 1671 a 1681); Sección 3º Efectos (arts 1682 a 1689) Sección 4º (1690 a 1692)

³ Ley 24441 art. 1º definía al fideicomiso diciendo: “habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra persona (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario

⁴ El juez de primera instancia fallo en el mismo sentido.

⁵ Narvaez, Gustavo “ Fideicomiso para la construcción” - Colegio de Arquitectos de la Provincia de Santa Fe - http://www.capsf.org.ar/index.php%3Fopcion%3Dcom_content%26view%3Darticle%26id%3D100%26Itemid%3D211

su responsabilidad, tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso (art 1685).

Esta independencia o aislamiento de patrimonios importa también que los acreedores del fideicomiso no puedan tampoco agredir los bienes que integran el patrimonio del fiduciario ni del fiduciante.

Esta característica tan especial de este tipo de contratos, crea una ventaja sobre otras figuras utilizadas comúnmente en los proyectos de construcción como es el condominio, pues esta última resulta muy frágil desde el punto de vista jurídico por cuanto el patrimonio común responde ante la eventual insolvencia, muerte, divorcio, etc. de cualquiera de los condóminos y no existen límites precisos que permitan separar e individualizar el patrimonio afectado al proyecto inmobiliario del resto del patrimonio de los condóminos.

Corresponde también resaltar que otra característica distintiva es la existencia de un administrador idóneo, el fiduciario, quien conforme establece el art 1674 deberá actuar bajo los principios del “buen hombre de negocios” y llevar adelante el mandato recibido, actuando con lealtad y diligencia y ejerciendo una adecuada conservación y custodia de los bienes recibidos.

En lo relativo a la labor profesional del Contador como Sindico Concursal, una de las normas más trascendentes es la incorporación del Art. 1687, el que dispone en su último párrafo:

“...La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en los que sea pertinente.”

En este trabajo luego de un breve análisis del instituto, se abordara los nuevos paradigmas que tal modificación importó atento que la ley de concursos y quiebra que no tiene incorporadas las reformas que el CCCN introduce en su normativa y que en lo particular del contrato de fideicomiso alteran algunas de las reglas establecidas en ella.

II- Fideicomiso de construcción-

Las ventajas comentadas del contrato de fideicomiso, constituidas fundamentalmente en el paraguas protector de los patrimonios, han posibilitado desde hace tiempo, que en el mercado inmobiliario se concreten proyectos bajo la modalidad de fideicomisos para la construcción especialmente de viviendas, facilitando el acceso a la vivienda propia o para inversión. Esta versatilidad, importo que se considere al fideicomiso como una herramienta jurídica idónea y recomendable en el mercado inmobiliario sin llegar a la constitución de una sociedad comercial, garantizando el aislamiento e integridad patrimonial de las partes contratantes.

En el contrato se deben establecer todas y cada una de las condiciones relativas a la construcción, administración, forma en que participarán los inversores en el fideicomiso, derechos y obligaciones del fiduciario, destino de los bienes obtenidos una vez cumplido su objeto, plazos de ejecución, etc.

Bajo esta modalidad, podemos resumir las partes intervinientes en el contrato, sus características y sus responsabilidades:

- Fiduciario:
 - Rol generalmente asumido por entidades bancarias o empresas inmobiliarias de primera línea, en quienes se deposita la confianza o fiducia.
 - Administra el fideicomiso, recibe del fiduciante un terreno para que se desarrolle en él un proyecto de construcción (por ej. edificio de departamentos).
 - Sobre dicho inmueble comienza a ejercer un “dominio imperfecto”, el efecto traslativo no puede ser asimilado a la transmisión tradicional del derecho real de dominio que se produce en la compra-venta, en la permuta o donación, dado que la misma se realiza a los efectos de que el fiduciario pueda cumplir con el cometido que se le encarga⁶. El título está configurado por el negocio fiduciario, el cual contiene una modalidad resolutoria que, al verificarse, obliga al fiduciario a retransmitir el dominio perfecto de la cosa al fideicomisario⁷.
 - Tiene un rol de administrador-gerenciador, y deberá cumplir con el mandato que le fuera encargado según las cláusulas del contrato de fideicomiso, y tal rol no puede ser delegado más allá que pueda contratar personas idóneas en la materia para llevar a cabo la consecución del contrato.

⁶ Kozak, Verónica y Valdes, Gustavo J. - *Capítulo VII- “Fideicomiso Inmobiliario” – “El contrato de Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación” – Volumen III – Colección Pensamiento Jurídico de la empresa- EDICON – Fondo editorial del Consejo – CPCECABA- 1ª Edición- 2017 – p.143*

⁷ Kiper, Claudio M., *Manual de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p 221

- Tendrá facultades para contratar constructores, arquitectos y demás prestadores de servicios, empleados, asesoramiento, etc., que le permitan llevar a cabo las actividades propias de la construcción.
 - Deberá llevar una contabilidad ordenada que permita practicar rendiciones de cuenta periódicas al fiduciante y a los inversores y elaborar los estados contables del fideicomiso.
 - Sera el responsable ante los organismos fiscales debiendo gestionar las inscripciones pertinentes y presentar las correspondientes declaraciones juradas impositivas y pagar los tributos.
- Fiduciante:
 - Titular del terreno que lo entrega al fideicomiso para que sobre el mismo se lleve a cabo el proyecto de construcción.
 - Puede ser también beneficiario de algunas unidades o recibir un beneficio establecido en el contrato valuado en un porcentual de los ingresos estableciendo la incidencia porcentual del terreno en el total del proyecto.
 - Puede existir la figura del fiduciante originante (aportante del terreno) y fiduciante desarrollador (empresa constructora).
 - Inversores – Adherentes - Beneficiarios:
 - participan del negocio fiduciario de la construcción de inmuebles aportando fondos y como contrapartida pueden ser quienes resulten beneficiarios de la obra terminada, recibiendo unidades o bien participando de los resultados obtenidos por la venta a terceros de las mismas.
 - Firman un contrato de adhesión, o boleto en el cual además de aceptar el contrato de fideicomiso, se determina el modo y tiempo del aporte de los fondos o cuotas para generar los recursos para la consecución en tiempo y forma de la obra.
 - su participación permite obtener los recursos para financiar la obra y sus aportes dinerarios son el mecanismo por el cual se incorporan los inversores al proyecto.
 - su riesgo empresario se limita al proyecto propiamente dicho dado que, como ya se ha mencionado, el mismo se ha aislado de los patrimonios individuales de los participantes.

Finalizada la obra, las unidades pueden ser entregadas al fiduciante y/o a los inversores, quienes la reciben en carácter de beneficiarios de las mismas, pudiendo luego darles cualquier destino posible (venta, alquiler u ocupación) y otorgado el destino final de las unidades el fideicomiso se disuelve por haberse cumplido el objeto del contrato, luego de dar cumplimiento con todas las normativas correspondientes.

Cuestiones contables e impositivas: conforme mencionamos inicialmente el fideicomiso es un contrato, no se trata de una persona jurídica, pero los aspectos contables se manejan similar a una sociedad comercial.

El agente fiduciario es el responsable de valorar y exponer la situación patrimonial y los resultados del fideicomiso y efectuar la presentación de la información contable a través de un juego de estados contables independientes, que deberá llevar el correspondiente dictamen de auditor externo y que será preparado de acuerdo a las normas contables de exposición y valuación vigentes. En cuanto a los aspectos impositivos, hay que tener en claro que, si bien desde el punto de vista jurídico, el fideicomiso no tiene personería, desde el punto de vista del derecho tributario, se le asigna una “personería fiscal” y por lo tanto se lo debe considerar como un “sujeto impositivo” que estará alcanzado por los distintos tributos y regímenes de acuerdo a la actividad que desarrolle⁸.

III. La liquidación judicial del fideicomiso

Conforme establece el art 1687 ultima parte, la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender las obligaciones del fideicomiso, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del **juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en los que sea pertinente.**

La ley de concursos y quiebras (LCQ) no ha sido modificada con posterioridad a la vigencia del CCCN por lo que los jueces deben adecuar la liquidación del fideicomiso a las disposiciones normativas que en materia de quiebra pedida por propio deudor contempla la actual redacción de la ley falencial.

Atento que en virtud de ello el juez puede designar un síndico concursal a cargo de la liquidación del fideicomiso, el profesional contador que se desempeña como tal, también deberá en consecuencia ajustar su actividad e informes a esta nueva modalidad liquidativa.

⁸ Idem 2.

Algunas particularidades de estos procesos:

- a) Tanto el artículo 1687 del CCCN. como las normas contenidas en el ordenamiento concursal previsto por la Ley 24.522, revisten orden público y por ende, poseen mayor jerarquía que las disposiciones privadas establecidas en el contrato de fideicomiso, de modo que el marco jurídico que ha de aplicarse a los casos de liquidación judicial del fideicomiso, serán las normas del mencionado artículo, sin importar lo que digan las cláusulas del contrato que generaron su nacimiento.
- b) El art 1687 CCCN le delega al juez la libertad para proceder a la liquidación judicial del fideicomiso y la tarea de determinar las normas de la Ley de Concursos y Quiebras que serán “pertinentes” para el desarrollo del proceso liquidativo, valiéndose de los elementos sustantivos que caracterizan el mismo: publicidad, la designación de una sindicatura - que intervendrá garantizando independencia frente a los componentes de la relación fiduciaria-, la conformación del pasivo y su graduación, la determinación de eventuales responsabilidades en el accionar de los administradores del fideicomiso y el proceso adecuado de liquidación del activo –conforme las particularidades del caso particular de cada fideicomiso, y la consecuente distribución de los fondos obtenidos entre los beneficiarios y acreedores, conforme las pautas de la Ley 24522⁹.

- c) Es necesaria la ratificación de la solicitud de liquidación judicial por aplicación de las normas dispuestas por los art.82 y 6 de la LCQ ?

El art.82 de la ley 24522 dispone que en el caso de petición de propia quiebra por el deudor y siendo éste una persona de existencia ideal, debe aplicarse lo dispuesto por el Art. 6, la solicitud deberá ser formulada por su representante legal, y el órgano de gobierno – en caso de una sociedad, la asamblea o reunión de socios- debe tomar la decisión de continuar el trámite iniciado por el órgano de representación¹⁰.

La jurisprudencia entiende que resulta inaplicable la normativa del Art. 6 LCQ por no tratarse de una persona jurídica en los términos citados por la norma, debido a que el fideicomiso no es un sujeto de derecho ni goza de personalidad jurídica, sino, es un contrato creado para lograr una finalidad determinada.¹¹

“...no corresponde otorgarle a la Asamblea en cuestión un carácter superlativo o condicionante de la presente liquidación judicial, pues siendo que esta resulta ser de orden público de modo alguno puede ser limitada por el supuesto ejercicio del principio de libertad de la contratación...pese a lo que mencionan los recurrentes, en rigor de verdad la asamblea prevista contractualmente no cuenta con las características y naturaleza de un órgano societario que permita encuadrar la situación que aquí se ventila con las normas pertinentes de la ley de concursos y quiebras, puntualmente en los arts. 6 y 82. Ello por la simple razón de que, no obstante la antigua discusión doctrinaria sobre la personalidad del fideicomiso, el legislador del Código Civil y Comercial de la Nación, no le otorgó personalidad jurídica, por lo que mal se lo podría equiparar a una de ellas, expresamente reguladas en el Libro I, Título II, arts.142/224, requisito ineludible para la aplicación de los preceptos indicados...”¹²

- d) La acreditación de la insuficiencia patrimonial por el fiduciario.

De la presentación realizada por el fiduciario que solicita la liquidación judicial del fideicomiso, resulta la expresa constitución del estado de cesación de pagos, como una confesión del propio deudor, que se halla en estado de impotencia patrimonial y por ello el pedido de propia quiebra prevalece sobre el de otros acreedores.

El contrato de fideicomiso da al fiduciario las facultades y atribuciones necesarias para la protección y exigibilidad de sus derechos, así también como la conservación de los bienes fideicomitados y la protección de los intereses de los beneficiarios-adherentes.

El Art. 79 de la Ley 24522 establece que *“Pueden ser considerados hechos reveladores de la cesación de pagos entre otros 1) reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor”*. En el mismo sentido el Art. 86 LCQ también establece que la solicitud de la propia quiebra del deudor se debe acompañar entre otros con el requisito indicados en el Art. 11 Inc. 2, sin que su omisión obste a la declaración de quiebra.

De no acreditarse el estado de cesación de pagos, procede de todas formas la liquidación de quiebra (en el caso, liquidación judicial del fideicomiso), si ella es solicitada por el propio deudor (el fiduciario que administra el fideicomiso), quien confesa su insolvencia¹³.

En este sentido la doctrina se ha expedido sobre la cuestión, señalando que los procesos concursales *“...pueden abrirse sin que exista, o sin que objetivamente se demuestre, que hay cesación de pagos, ya que la sola solicitud*

⁹ Osso, Maria Cristina y Vighenzoni, Maria Silvia *“Caso Fideicomiso Estrella del Sur: Análisis preliminar del cumplimiento de los requisitos sustanciales en el proceso de apertura de la liquidación judicial”*- Trabajo presentado en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia – Universidad Nacional del Litoral-Santa Fe- 2018.

¹⁰ Favier –Dubois, Eduardo M., *“Concursos y Quiebras”*. Ley 24522. *Actualizada y comentada con Jurisprudencia y Bibliografía* – Editorial Errepar –3ª edición-2012.

¹⁰ Conocida como Ley de Fideicomisos.

¹¹ *“Fideicomiso Estrella del Sur s/ Liquidación Judicial”* - Juzgado Nacional en lo Comercial N° 12, Secretaría N° 24.

¹² *“Fideicomiso Estrella del Sur s/ Liquidación Judicial s/ Incidente art 250 (FG n°133.757)- Fallo Fiscal de Camara Comercial.*

¹³ Idem. 8

del deudor es judicialmente evaluada como confesión –prueba suficiente, por ende- de dicho estado patrimonial.”¹⁴

e) El crédito de los inversores-adherentes.

Fijado por el juez el procedimiento de liquidación bajo la normativa de la ley concursal, los adherentes deberán cumplir con la normativa concursal: presentarse ante la sindicatura conforme lo dispuesto por el art. 200 LCQ, acreditar la legitimidad y causa del crédito insinuado acompañando la documentación respaldatoria.

En principio serán elementos sustantivos el contrato de fideicomiso, el boleto de adhesión individual certificado suscripto por cada inversor-adherente en el que se deja constancia de las unidades de las cuales resultara beneficiario y la forma de pago, así como los comprobantes de pago y/o transferencias bancarias.

En cuanto al carácter de los créditos, no corresponde asignar graduación privilegiada, la ley no les reconoce ningún privilegio general o especial sobre el inmueble.

Hemos sostenido¹⁵ que el aporte del adherente no puede ser concebido como un "gasto" a los fines de la construcción edilicia que es el principal activo del contrato de fideicomiso en liquidación, ello por cuanto la intención de los mismos, fue la de obtener una vivienda o inversión a futuro con la compra de una unidad funcional del emprendimiento inmobiliario.

Dicha prestación de modo alguno transforma a los "aportes", en un "gasto" que deba ser privilegiado ante el resto de los acreedores que participaron de la misma relación contractual. Dentro de las particularidades que inviste el privilegio especial, refiere a que el incremento o mayor valor obtenido en el bien del patrimonio del deudor, debe encontrarse "individualizado"¹⁶, circunstancia que no logra ser definida en emprendimientos inmobiliarios en los cuales los aportes de todos los adherentes son precisamente los que configuran el empuje y capital necesario para dar forma y cumplimiento al objeto del fideicomiso.-

Los privilegios dice la ley, sólo pueden ser admitidos en forma restrictiva, por ende, si no existe ley que los reconozca expresamente, no pueden aplicarse por mera analogía debido a que revisten carácter excepcional, justamente con el fin de evitar que se conviertan en regla general¹⁷.

Podría algún acreedor pretender verificar su crédito como una promesa de contrato bajo las normas del art 146 LCQ segundo párrafo. Dicha norma establece que los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el 25% del precio.

En tales casos el juez deberá disponer que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio, cualquiera sea el destino del inmueble, siempre que se cumpla con la prestación que correspondiere al adquirente, es decir el pago del saldo de precio.

Calificada doctrina sostiene que "*...la oponibilidad del boleto de compraventa a la quiebra está supeditada a la posibilidad material y jurídica de otorgarse la pertinente escritura. No existiendo tal posibilidad, el comprador solo tendrá posibilidad de verificar su crédito dinerario resultante del importe abonado a la fallida. En consecuencia si la construcción del inmueble se encuentra inconclusa ello obsta a la pretensión escrituraria, sin que pueda argüirse que la fallida deberá terminar la obra o ser conminada ello, toda vez que tal supuesto es ajeno a la normativa del art. 1185 bis del anterior código civil y 146 de la ley 24.522*" y así también lo ha entendido la jurisprudencia¹⁸.

Por lo que en cuanto a la pretensión de escriturar, si bien podría ser aplicable el art 146 de LCQ, podría tornarse de cumplimiento factico imposible, y en tales casos el síndico –cumplidos los recaudos pertinentes- podría aconsejar al juez verificar la obligación de escriturar insinuada, y subsidiariamente aconsejar declarar verificado el crédito con carácter quirografario

f) El informe general del art 39 LCQ

Corresponde mencionar algunos aspectos fundamentales a considerar en el análisis de los incisos contenidos en esta norma:

- las oportunidad y temporalidad de las decisiones tomadas por el fiduciario y la responsabilidad que su accionar pudiere haber derivado en el origen de las causas del desequilibrio económico que llevaron al estado de cesación de pagos.
- la valuación del activo más importante (y a veces único) del fideicomiso: el inmueble y el edificio según el estado de avance de la construcción del emprendimiento

¹⁴Roullion, Adolfo A.N. "Régimen de Concursos y Quiebras – Ley 24.522, Astrea 17° Ed año 2015 pag.32)

¹⁵ Osso, Maria Cristina y Vighenzoni, Maria Silvia "Informe Individual de Créditos en la liquidación judicial de un fideicomiso inmobiliario: Tratamiento de los créditos de los adherentes" – Trabajo presentado en las XXX Jornadas de Actuación Judicial- Colegio de Graduados en Ciencias Economicas CABA – Agosto 2018

¹⁶ Villanueva, Julia "PRIVILEGIOS", Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 130/1.

¹⁷ CCiv.3876, hoy CCCN. Art. 2573, y LCQ, Art. 239

¹⁸ Conf.: ROITMAN, Horacio, "Efectos de la Quiebra Sobre los Contratos Preexistentes", 2da Edición Actualizada Rubinzal - Culzoni, pág. 220-221, Conf: CNCom Sala C, 17.02.1986, "García Labandal, Anibal c/ SACIMIE s/ Quiebra, La Ley 1986 C, pág. 258).-

- el análisis de la fecha de cesación de pagos y la enumeración de los actos que se consideren susceptibles de ser revocados conforme los art 118 y 119 de la LCQ de los cuales podrían derivarse responsabilidades del fideicomiso como órgano administrador.

g) El informe del art 189/190 de la LCQ.

Dadas las circunstancias por las cuales los fideicomisos inmobiliarios llegan a solicitar el proceso liquidativo y teniendo en cuenta que la alternativa establecida en el art 189 de la LCQ, es un supuesto excepcional que debe aplicarse con los estrictos parámetros del art. 190 de la LCQ contemplados para un supuesto de empresa en marcha, generalmente no se advierte aplicable en estos casos las alternativas de continuación de la explotación. Generalmente cuando se trata de emprendimientos inmobiliarios de magnitud, suele suceder que habían fracasado todos los intentos de prosecución del proyecto de construcción que diera origen al fideicomiso, siendo también relevante al tiempo de considerar estas posibilidades el análisis por el cual ha llegado el fideicomiso a esta situación: falta de recursos, sea de los adherentes o la imposibilidad de conseguir financiamiento bancario, la consiguiente suspensión de las actividades de construcción, y un factor fundamental a la hora del informar será considerar la existencia de personal en relación de dependencia que eventualmente pudiera justificar la continuación de la actividad de construcción. Respecto de esto comúnmente este personal no suele estar en relación de dependencia con el fideicomiso, sino con las empresas constructoras, quienes ante la falta de pago por parte del fideicomiso, suspende la construcción y deriva el personal propio a otros emprendimientos inmobiliarios.

IV Conclusión

La cuestión central del éxito del Contrato de Fideicomiso – incorporado en el Libro III, Título IV, Capítulos 30 y 31 del Código Civil y Comercial de la Nación- y su extensiva utilización en distintos negocios, especialmente en el mercado inmobiliario, es el aislamiento o independencia de los bienes que fueron afectados al fideicomiso, ya que quedan separados de cualquier eventual agresión, de cualquier naturaleza y privilegio, por parte de acreedores particulares del fiduciante y del fiduciario. Es por ello que el fideicomiso inmobiliario o de construcción, es una de las formas más difundidas de utilización de esta herramienta jurídica.

Conforme establece el art 1687 ultima parte, ante la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender las obligaciones del fideicomiso y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según provisiones contractuales, procede la liquidación del fideicomiso, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en los que sea pertinente.

Atento que la ley de concursos y quiebras (LCQ) no ha sido modificada con posterioridad a la vigencia del CCCN, los jueces deben arreglar el procedimiento de la liquidación de este contrato a las disposiciones normativas que en materia de quiebra pedida por el propio deudor contempla la actual redacción de la ley falencial.

A partir de esta sustancial reforma al instituto, y la reciente judicialización de la liquidación de los primeros fideicomisos de construcción, va surgiendo una importante jurisprudencia y doctrina que busca adecuar las normas del código a las especialísimas reglas falenciales, teniendo en cuenta tanto las normas del CCCN como las de la LCQ son de orden público y prevalecen por sobre las definidas en el contrato en particular. Atento que en virtud de ello el juez puede designar un síndico concursal a cargo de la liquidación del fideicomiso, el profesional contador que se desempeña como tal, también deberá en consecuencia ajustar su actividad e informes a esta nueva modalidad liquidativa.

María Silvia Vighenzoni