

TÍTULO: UNA SENTENCIA MERCANTIL QUE CONSAGRA -COMO REGLA- LA "JUDICIALIZACIÓN" PARA LA REMOCIÓN (FORZADA) DEL FIDUCIARIO
AUTOR/ES: Papa, Rodolfo G.
PUBLICACIÓN: Erreiús on line
TOMO/BOLETÍN: -
PÁGINA: -
MES: Mayo
AÑO: 2021

REMOCIÓN DEL FIDUCIARIO. CONTRATO DE FIDEICOMISO. INTERVENCIÓN JUDICIAL. NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Se confirma la resolución que, frente a la presentación que dio cuenta de la remoción del fiduciario, dispuso que esta debía tramitarse por la vía judicial prevista por el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1678 y 1679), por lo que ordenó al presentante ocurrir por la vía judicial correspondiente. Es que la ley parte de la premisa de que la solicitud de remoción no cuenta con la conformidad del fiduciario, pues si la hubiera, es decir, si las partes se ponen de acuerdo, podrían rescindir el contrato. Así, dado que la remoción es con intervención del juez, el magistrado interviniente debe constatar si hubo incumplimiento imputable de las obligaciones a cargo del fiduciario; es decir, el juez ha de valorar si concurren causas suficientes que justifiquen la remoción, lo que impone la necesidad de bilateralizar el proceso de remoción.

[RICDAN SRL Y OTROS C/SIMAGUI SA Y OTROS S/ORDINARIO - CÁM. NAC. COM. - SALA F - 03/02/2021 - CITA DIGITAL IUSJU004132F](#)

UNA SENTENCIA MERCANTIL QUE CONSAGRA -COMO REGLA- LA "JUDICIALIZACIÓN" PARA LA REMOCIÓN (FORZADA) DEL FIDUCIARIO

Nota al fallo

Rodolfo G. Papa^{(1) (2)}

I - El caso

El decisorio emitido por la Sala F del Tribunal Mercantil de la Capital Federal resolvió un tradicional conflicto que podría suscitarse durante la ejecución de un fideicomiso, basado en el cuestionamiento sobre la actuación de su fiduciario que, por un posible (y significativo) incumplimiento a sus obligaciones contractuales, se hubiera apartado de su apego a la diligencia y prudencia de un buen hombre de negocios (art. 1674, CCyCo.), que debe guiar su actuación, y en consecuencia, debería (de acuerdo con la pretensión de las otras partes del negocio) ser removido de sus funciones.

Tanto la derogada ley 24441, como el Código Civil y Comercial de la Nación [art. 1678, inc. a)], han dispuesto que la remoción del fiduciario por un incumplimiento a sus obligaciones debe realizarse en forma "judicial"; obviamente, en el presente caso, como se ha planteado, no ha existido una renuncia o "salida amigable" del fiduciario.

Un conflicto con génesis en el desarrollo de la gestión fiduciaria no es inusual en la práctica de nuestro mercado.

Es necesario anticiparlo, desde el momento de la negociación de sus previsiones contractuales, atendiendo a los intereses y protección jurídica de sus dos grandes actores (fiduciante vs. fiduciario), y que, por una diversidad de razones, en una gran mayoría de los casos, no recibe la importancia que ameritaría su tratamiento, la cual parecería ser una derivación del fallo que comentaremos.

Con lo cual, al extremarse tal disputa, en virtud de la cual el demandante no ha contado con otra alternativa que promover su remoción, a ser decidida por una autoridad judicial competente, afecta -indudablemente- lo más preciado que cualquier formato de fideicomiso posee en la realidad: nos referimos a la autonomía y suficiencia de su patrimonio fideicomitado, para honrar el cumplimiento de las obligaciones generadas por su ejecución.

Lo que se desprende del texto de la sentencia es que el fiduciante/beneficiario habría intentado de manera unilateral remover al fiduciario, en infracción no solamente de la normativa aplicable, sino también al contenido de la cláusula incluida en el contrato de fideicomiso, que había regulado específicamente la cuestión, insertando en su parte final la necesidad de presentar la "sentencia judicial" que dispusiera tal remoción.

La emisión de dicho acto jurisdiccional (asumimos que debería reunir el estatus de firmeza y definitivo, a los fines procesales), para que tornare tal remoción como procedente, no contando (*ab initio*) con la conformidad del fiduciario, debe necesariamente "bilateralizarse" (y así lo ha reconocido expresamente en

ambas instancias el fuero comercial), y como *de lege ferenda*, tal pronunciamiento debería expedirse sobre si el fiduciario habría incumplido con sus obligaciones, lo cual justificare razonablemente decretar su remoción.

En síntesis, el fallo ha desestimado la pretensión (y obrar) adoptada por el fiduciante/beneficiario de remover unilateral (y extrajudicialmente) al fiduciario del desempeño de sus funciones como tal, en violación -reiteramos- tanto de la normativa vigente, como de lo que había sido acordado por las partes contratantes.

La alzada también distinguió -nos parece correctamente- un escenario de remoción del fiduciario, cuyo perfeccionamiento no debería afectar la existencia del fideicomiso, frente a un evento de "revocación", de fuente unilateral y reservado exclusivamente a favor del fiduciante [en la medida en que tal potestad hubiera sido incluida en el contrato (art. 1697, inc. b)], que de ejercitarse, conduciría a una terminación anormal o anticipada del fideicomiso, englobando, en definitiva, la extinción de todas las relaciones jurídicas internas y externas que su ejecución hubiera creado en la realidad, y lo cual, aparentemente (en lo que respecta estrictamente a tal revocación), no habría tenido lugar en el *casus*.

II - La remoción (no amigable) del fiduciario debe ser instrumentada judicialmente y, además, "bilateralizarse"

Lo que hemos titulado en el presente acápite sintetiza la principal enseñanza que nos ha dejado el caso comentado.

Tanto el *a quo* como la alzada, desestimaron la pretensión del fiduciante/beneficiario de remover de manera unilateral y extrajudicialmente al fiduciario, por resultar no solamente infractoria del artículo 1678, inciso a), del CCyCo., sino también de las propias previsiones contractuales del fideicomiso.

Al respecto, se ha señalado que ante la falta de previsiones por las partes en el contrato de fideicomiso, dos condiciones se deben cumplir para la remoción del fiduciario, que la remoción sea por vía judicial, a instancia del fiduciante o a pedido del beneficiario o del fideicomisario, y que exista una "justa causa" para proceder con dicha remoción, entendiéndose por "justa causa" el incumplimiento de las obligaciones del fiduciario, o si el fiduciario se hallare imposibilitado material o jurídicamente para seguir desempeñando sus funciones.⁽³⁾

Otra postura doctrinaria, consistente con la anterior, ha sostenido, en lo que concierne a la remoción del fiduciario, que, dado que es con intervención del juez, este debe constatar que hubo un incumplimiento imputable de las obligaciones a cargo del fiduciario, o una situación que lo hubiera colocado en la imposibilidad material o jurídica de cumplir (aunque en este último supuesto, no es necesaria la culpa).⁽⁴⁾

En atención a lo indicado anteriormente, y sobre la base de lo decidido por el Tribunal Mercantil de la Capital Federal, la parte actora, ante el escenario de conflictividad abierto, no cuenta con otra posibilidad que tener que sustanciar un proceso judicial (con todos los tiempos, costos y complejidades que ello demandaría) para su remoción, a los fines de no solamente bilateralizar el proceso de destitución, máxime en el supuesto de que el fiduciario intentare acreditar fehacientemente que no ha incumplido con las obligaciones a su cargo (tanto aquellas de fuente legal como convencional), pero mientras tanto, la gestión fiduciaria seguiría (al menos podría así asumirse) estando en cabeza del fiduciario objetado, con todo lo que ello pudiera incidir (adversamente) sobre la gestión del patrimonio fideicomitado, cristalizando, en nuestro entender, un escenario "no querido ni deseado", por ninguno de sus participantes.

III - Alternativas para la solución del "conflicto"

Parece fácil, como comentarista, emitir un "juicio de valor" con el "diario del lunes", que ahora equivaldría a la lectura del fallo bajo examen, y a cuya decisión adherimos.

Lo primero que cabría cuestionar es el contenido de la cláusula de remoción y sustitución del fiduciario pactada por las partes, máxime desde la perspectiva del fiduciante/beneficiario, que impuso lisa y llanamente la necesidad de contar con una sentencia para proceder a la remoción del fiduciario, y a cuyo alcance y posibles aspectos a considerar en su construcción haremos referencia en breve.

Ahora bien, ante el estallido de este conflicto durante la ejecución del fideicomiso, podría haberse pensado en diversas variantes tendientes a evitar su "judicialización".

No olvidemos que el fideicomiso es regulado, en nuestra legislación, como un "contrato" típico o nominado, cuya ejecución requiere, de sus partes, la observancia de la "buena fe" (arts. 9, 961, 990, 1061 y concs., CCyCo.).

Al respecto, podría haberse pensado en la posibilidad de una "salida amigable" en virtud de la cual el fiduciario hubiera renunciado a su cargo, quedando en este punto abierta una eventual aprobación de su gestión, o inclusive, podría haberse negociado el alcance de tal cesación en su desempeño, en el que podrían haber confluído (en su solución) los intereses en juego correspondientes a cada uno de sus protagonistas, y así establecer aquellos temas que podrían, eventualmente, haber quedado abiertos *ex post* ocurrencia de tal salida acordada.

Otra variante, citada por el pronunciamiento comentado, podría haberse materializado en una "rescisión" del contrato de fideicomiso, cuyos efectos podrían haber impactado sobre su ejecución, y así poder haber evitado el "peor de los escenarios" derivados del fallo, que no es otro que dejar un conflicto latente con impacto sobre el futuro desarrollo de la gestión fiduciaria.

Así, nos preguntamos, ante la eventual hipótesis de que el fiduciante/beneficiario continuare con la sustanciación de un litigio tendiente a remover al fiduciario, y ante la alegada existencia de un incumplimiento a sus obligaciones, si hubiera estado legitimado para solicitar al juez competente la adopción de una medida cautelar tendiente a la intervención de la administración fiduciaria, para que, sobre la base de haberse

acreditado *prima facie* sus presupuestos (verosimilitud del derecho y peligrosidad en la demora), se preserve la suficiencia del patrimonio fideicomitido, teniendo en cuenta que este tipo de medidas cautelares con incidencia en la gestión de un fideicomiso ha sido reconocido jurisprudencialmente.⁽⁵⁾

IV - Otra enseñanza del caso: la necesidad de negociar en forma detallada y completa los supuestos de una salida anticipada (y forzada) del fiduciario, al momento de la constitución del fideicomiso

La negociación de cualquier formato de fideicomiso requiere de la diligencia y de la adopción de una serie de medidas de prudencia y cuidado, tendientes no solamente a brindar sustentabilidad al negocio en sí mismo, ante la participación de otros actores internos y externos en su ejecución, sino también aspirando a la evitación y/o anticipación, según el caso, de una diversidad de escenarios de conflictividad que podrían derivarse de su instrumentación; entre ellos, no podemos dejar de soslayar las posibles disputas derivadas del cumplimiento del encargo fiduciario, que podrían generar diversas consecuencias en las que, como hipótesis de mínima, el fiduciario sea requerido para brindar explicaciones (documentadas y razonadas) sobre la razonabilidad de alguna de sus acciones [fuera del alcance de su obligación inderogable de rendir cuentas de su gestión, la cual debe realizarse con una periodicidad como mínimo anual (art. 1675, CCyCo.)].

Por lo cual, la cláusula que regularé convencionalmente los supuestos de "salida" del fiduciario (ya sea voluntaria o forzada, según el caso) debería ser adecuadamente negociada y "a medida" de las particulares circunstancias del caso, evitando utilizar formatos estandarizados, o bien, que las partes del negocio no le hubieran brindado la diligencia que su observancia hubiera ameritado, y cuya falta de autorregulación convencional condujera a su inexorable "judicialización".

Frente a este planteo, no encontramos una respuesta unívoca y abarcativa de todos los supuestos.

En definitiva, la práctica en la negociación y redacción de este formato contractual nos puede exponer a una diversidad de estructuras que, al momento de su negociación, no deberían dejar -al menos- de considerarse, independientemente de cuál fuere el resultado del ejercicio del *pacta sunt servanda*.

En tal sentido, la doctrina ha reconocido la posibilidad de remover al fiduciario sin necesidad de expresar la causa, como facultad que se reserva el fiduciante en el contrato, la cual se halla en el terreno de la libre voluntad de las partes, ya que no hay, en tal convención, una afectación al orden público. En tal caso, el fiduciario acepta en el acto constitutivo que el fiduciante lo remueva sin justificación. De cualquier modo, tal doctrina sostuvo que no es lo más frecuente, pero el pacto es lícito, y no requiere de un proceso judicial de remoción.⁽⁶⁾

Por otra parte, aun en los casos en los que probablemente un fiduciario profesional no aceptare una cláusula con las particularidades explicitadas anteriormente, podría, como parte de su estrategia de negociación, en lo que respecta a la posible remoción en su cargo, sujetarla (en lo que respecta a su procedencia) al cumplimiento de determinadas modalidades y, de tal modo, ser autorregulada convencionalmente, y así evitar que pudiera ser ejercida individualmente (y en forma discrecional) por un fiduciante/beneficiario.

Es dable señalar que la jurisprudencia mercantil de la Capital Federal, con antelación a la vigencia del CCyCo., reconoció la validez de una cláusula en un contrato de fideicomiso inmobiliario que, para reconocer la procedencia de demandar (judicialmente) la remoción del fiduciario, estableció la exigencia de una decisión afirmativa del 80% del total de las participaciones correspondientes a los fiduciantes/beneficiarios, adoptada por una asamblea celebrada por estos últimos. Es así como, en lo que se refiere a la interpretación (y reconocimiento) de tal cláusula, el juez mercantil de grado no advirtió comprometido, en el ámbito de dicha previsión, el orden público y consideró que se trataba de una cuestión disponible para sus titulares, quienes al tiempo de la creación de su ley especial en términos del (hoy derogado) artículo 1197 del Código Civil, optaron por limitar la posibilidad de la acción de remoción al sometimiento a la voluntad mayoritaria de los fiduciantes.⁽⁷⁾

V - Conclusiones

Adherimos al decisorio adoptado por la Sala F.

Entendemos que ha sido ajustada a derecho su *ratio* al desestimar la pretensión del fiduciante/beneficiario de remover en forma unilateral y extrajudicial al fiduciario, en contravención a lo dispuesto en la nueva codificación unificada y a las previsiones contractuales del fideicomiso, y que, ante tal escenario de conflicto en los que se hubiera puesto en juego la diligencia y prudencia en el desempeño de la gestión fiduciaria, frente a tal extremo en el que no se hubiera podido llegar a una solución amigable y acordada en virtud de la cual se hubiera aceptado su salida pacífica en el desempeño de tal posición, nuestro ordenamiento jurídico no deja otra solución que su "judicialización", dando así lugar a la "bilateralización" del conflicto, con el consiguiente (y latente) perjuicio sobre la marcha de la gestión del fideicomiso.

El fallo también nos lleva a reflexionar sobre la importancia que tiene, máxime para los abogados que normalmente participamos en la negociación y redacción de las previsiones contractuales de un fideicomiso, la evaluación del desempeño y eventual salida anticipada o anormal del fiduciario en el ejercicio de sus funciones, a los fines de poder diseñar herramientas tendientes a identificar y/o anticipar, según el caso, posibles escenarios de conflicto, con la finalidad de evitar su "judicialización", como la que ha sido dispuesta imperativamente por el tribunal dictaminante en el presente caso.

- (1) Abogado (UBA - Diploma de Honor). Master of Laws in International Economic Law (Universidad de Warwick - Inglaterra). Profesor en la Universidad de San Andrés (Udesa) y en la Universidad del Cema (Ucema)
- (2) Para un análisis completo y detallado sobre el tratamiento de la contabilidad en un fideicomiso, puede consultarse la siguiente obra: Papa, Rodolfo G.: "Fideicomiso para abogados y contadores. Aspectos jurídicos, contractuales, regulatorios, contables y tributarios" - 2ª ed. ampl. y actualizada - ERREIUS - 2017 - cap. II
- (3) Linares, Marcos G.: "Remoción del fiduciario: un fallo que sirve como corolario de que las cláusulas contractuales estándar deben ser utilizadas con reparo" - LL - 14/5/2021 - págs. 7/8
- (4) Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V.: "Remoción judicial del fiduciario por incumplimiento. Causales, procedimiento, medidas cautelares" - LL - 16/2/2016
- (5) Jurisprudencia *ex post* vigencia del CCyCo. admitió la designación cautelar de un interventor/veedor sobre la gestión fiduciaria ["Guido Víctor Airaldo SA c/Figueroa P. S. s/medida cautelar civil" - C2a. CC Paraná - Sala III; "Racca, Hugo DB y otros c/Desarrolladora Norev SA s/medidas precautorias (designación veedor informante s/gestión fiduciaria)" - CNCiv. - Sala B - 14/3/2018]
- (6) Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V.: "Remoción judicial del fiduciario por incumplimiento. Causales, procedimiento, medidas cautelares" - LL - 16/2/2016
- (7) "Ronugue SA y otros c/Pisano, Carla s/ordinario" - JNPI Com. Capital Federal N° 20 - Secretaría 39. Dicho pleito concluyó con el dictado de la sentencia de primera instancia, a raíz del desistimiento de los recursos interpuestos