

EFECTOS DE LA QUIEBRA SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICAS PREEXISTENTES

Lic. Carlos Andrés D'Alolio

JUSTIFICACIÓN

La autonomía de la voluntad, día a día, crea nuevas figuras contractuales y mecanismos para hacer seguro y ágil el tráfico mercantil y la prestación del crédito.

Dentro de esa problemática, puede existir una zona de intersección de ese tipo de contratos evolucionados, con el Derecho Concursal.

En efecto, algunas especies de pactos, generan verdaderas interrogantes en operador jurídico. En especial, cuando sus problemáticas se engarzan con las una masa de acreedores insatisfechos por el mismo deudor. La falencia, genera efectos particulares sobre las relaciones que existían antes del dictado de la sentencia de quiebra.

El objetivo de esta investigación, es ahondar en la dinámica de ese tipo de contratos, en relación la quiebra. Para ello, se acude principalmente a un enfoque doctrinario de Derecho Comparado. Y se acudirá a esa fuente, en razón de la escasez de casuística y legislación en nuestro país. Ello no quiere decir, que algunas de las situaciones que en el extranjero se hayan presentado, no pueda ser útil a futuro.

En un mundo globalizado, la utilización de contratos como arrendamiento financiero, franchising y fideicomisos de garantía, es creciente. El fenómeno, ya tocó la puerta hace décadas. Empero, en la práctica judicial, muchos de esos casos, son debatidos en vía más céleres que la ordinaria de la jurisdicción estatal.

Por los intereses económicos en juego, es usual que en los pactos de adhesión se incluyan cláusulas arbitrales. Ello, no obsta para hacer una breve revisión del problema que conlleva la quiebra, para los sujetos que intervienen en esos contratos.

Se repasarán los principios y conceptos básicos de las relaciones jurídicas preexistentes. Igualmente, se hará un rápido recuento de la legislación costarricense.

Y a la postre, con alguna doctrina específica para cada país iberoamericano de los seleccionados, se llevará a cabo un pequeño análisis para los casos de quiebra de cada contratante. Los cambios legislativos en esas naciones, son relativamente recientes y ello, provoca que mucha doctrina, haya quedado obsoleta. Empero, se trata de dar un panorama general del fenómeno de interés.

CAPÍTULO PRIMERO: RELACIONES JURÍDICAS

PREEXISTENTES A LA FALENCIA

El contrato es fuente de las obligaciones. Sus participantes, quedan amarrados entre sí, por un vínculo forjado por ellos. La declaratoria de quiebra puede tener incidencia, por efecto legal, sobre los sujetos y las relaciones que las partes originalmente convinieron. En este capítulo, se desea brindar un pequeño marco teórico acerca de esa particular situación.

Sección Primera: La contratación y la declaratoria de quiebra

Dentro de la presente sección, a manera introductoria, se presentan los componentes básicos envueltos en la contratación. Desde una perspectiva objetiva y subjetiva.

Quienes se comprometen a dar una prestación entre sí, pueden verse seriamente afectados por una situación sobreviviente. No es otra, que la quiebra.

Ese estado jurídico, cala hondo dentro de la posición que ocupan los contratantes y los envuelve. Se procede a repasar algunos de los efectos de la quiebra, sobre los sujetos que pactaron. De igual forma, un breve repaso sobre las clases de convenios y su desenvolvimiento al chocar con la apertura del proceso universal liquidatorio.

A) Contratante fallido

La mayoría de las contrataciones, se verifican entre sujetos en pleno uso de todas sus facultades para pactar. Los acuerdos, se perfeccionan y se ejecutan dentro de un ámbito de normalidad.

Sin embargo, en ocasiones, uno de los contratantes, puede caer en una situación patrimonial de impotencia, de manera sorpresiva para la otra parte.

La quiebra, representa una tempestad que viene a romper la regularidad y del desarrollo usual de los pactos. La decisión judicial que pone al deudor en condición de fallido, conlleva efectos patrimoniales que verdaderamente lo hincan.

Los dos más importantes, son el desapoderamiento y el período de sospecha. A su manera, ambos afectan lo que el otro pactante, podía esperar. Tocan a cualquier relación jurídica que ya existiera antes de la sentencia falencial.

Primero, hay que referirse al desapoderamiento. Surte sus efectos a partir de la resolución que declara la quiebra.

Se le conceptúa como “ la sustracción de las facultades de disposición, usufructo y administración sobre los bienes afectados a la responsabilidad de los acreedores, que impone el ordenamiento jurídico legal al deudor en estado de cesación de pagos, que comienza por efecto del auto de quiebra y cesa una vez decretada su rehabilitación”.¹

¹ Argeri (Saúl). Manual de Concursos. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, p. 137.

Constituye un efecto primario, fundamental e inherente al pronunciamiento de quiebra².

Su extensión temporal también resulta relevante. Arranca desde el dictado mismo de la sentencia de quiebra y tiene lugar ipso iure³.

El desapoderamiento, como efecto patrimonial sobre el fallido, se engarza con un efecto adicional. Es el período de sospecha.

El comerciante, azolado por la amenaza de caer en la quiebra definitiva, probablemente ha visto tambalear su situación desde antes de la declaratoria formal por parte del Juzgador. Según Garrigues, "(...) A la declaración judicial suele preceder una época de desarreglo económico, en la que el deudor, viendo ya próxima la quiebra, procura retrasarla con operaciones que suelen más bien precipitarla: intenta salvar algunos bienes para él y su familia por el procedimiento de supuestas enajenaciones a personas de confianza; pretende, en fin, colocar en situación de privilegio a los acreedores más propicios en

su afecto o satisface anticipadamente créditos. Con este proceder, característico del período inmediato a la quiebra, el deudor realmente encontrándose en estado de cesación de pagos, perjudica a sus acreedores, sea porque subtrae bienes de su garantía común, sea porque vulnera el principio de la igual condición de todos ellos"⁴

El estado de cesación de pagos, pudo haberlo afectado antes de que decidiera hacérselo saber a la autoridad judicial o antes de que alguno de sus acreedores presentara la solicitud de concurso.

El lapso o brecha temporal que se da entre ese momento de cesación de pagos y el dictado de la sentencia de quiebra, corresponde al período de sospecha. Con él, los acreedores pueden calificar actos de desprendimiento de activos o aumento de pasivos, por parte del fallido, como sospechosos y pretender que sean inoponibles ante ellos. En la sentencia de quiebra, debe el Juzgador fijar, al menos de manera provisional, una fecha en la que el quebrado cayó en la cesación de pagos.

2 Provinciali (Renzo). Tratado de Derecho de Quiebra. Barcelona, Editorial AHR, tercera edición, volumen II, 1958, pp. 17 y 18. Este autor considera que el desapoderamiento consiste en "(...) la transferencia de los poderes de disposición y de administración del patrimonio del deudor quebrado a los órganos del organismo de la quiebra. Con esto, se tiene algo más que la simple desposesión: se tiene la transferencia al organismo de la quiebra no sólo de la posesión, sino también de la disponibilidad que es uno de los atributos fundamentales del derecho de propiedad".

3 Chomer (Héctor). Efectos derivados del desapoderamiento. En Instituciones de Derecho Concursal. Buenos Aires, Ad Hoc S.R.L., 1992, p. 196. Menciona Chomer: "El desapoderamiento rige hasta la rehabilitación del fallido o hasta la conclusión de la quiebra por pago total, avenimiento, acuerdo resolutorio, o cualquier medio de sobreseimiento de la falencia".

4 Garrigues, (Joaquín). Curso de Derecho Mercantil. Bogotá, Editorial Temis S.A., séptima edición, tomo V, 1987, p. 53.

La condición de estar quebrado, viene a matizarse en esos efectos patrimoniales. El período de sospecha, de forma retroactiva, pone en duda los contratos que el fallido había concertado antes de la declaratoria. Por su parte, el desapoderamiento, tiene efectos hacia delante. Genera zozobra a quien pactó con el fallido. La razón de ello, estriba en que ya no va a existir plena libertad para que el quebrado, cumpla de manera personal la prestación, como estaba previsto. Y eso, a pesar de haber convenido originalmente hacerlo de esa manera.

Así, en esa medida, es valioso tener claro que los efectos patrimoniales de la quiebra, si tiene incidencia frente a las relación jurídicas preexistentes que cristalizó el sujeto en estado falencial.

B) Contrante in bonis

En el Derecho Contractual, impera la máxima de “pacta sunt servanda”. Los contratos nacen para ser cumplidos al tenor de lo convenido.

Esa noción, de fuerza vinculante de los contratos, se traslada al Derecho Concursal, pero con particularidades⁵. A veces, la inmediata ejecución contractual, puede quedar diferida o afectada, por razones de interés económico para el concurso o para tutelar a quien no cayó en la quiebra. Puede existir una suerte de suspensión de la

ejecución, mientras se define mejor la suerte del contrato⁶.

Resulta lógica y tiene una explicación. La caída en quiebra, podría dejar al contrato en un letargo. Por efecto del desapoderamiento, la inhabilitación va a afectar a uno de los originales cocontratantes. Un embargo colectivo, dejará respondiendo todos sus bienes. Y a su vez, se va a requerir de la entrada en escena, del síndico o curador. Sólo él podrá seguir atendiendo los negocios que dejó cerrados el fallido.

De suyo, viene a ser que el otro contratante, tenga que esperar la claridad de los nublados del día. Al mismo curador, le va a tomar su tiempo poder ponerse al día respecto del negocio pactado por el fallido y el contratante in bonis. Por efecto legal, éste último, deberá ser paciente y estarse a la actuación del síndico.

En las palabras más sencillas que pueda describirse éste concepto, la parte in bonis, no es otra, que la parte no incumpliente o que no ha quebrado, según las circunstancias.

C) Tipología contractual afectada

El objeto de las obligaciones, es la prestación. La modalidad de entrega de esa prestación, va a determinar el tipo de contrato que se despliega en la realidad.

⁵ Cfr con Roitman (Horacio). Efectos de la Quiebra sobre los Contratos Preexistentes. Rubinzal-Culzoni Editores. Segunda edición, Buenos Aires, 2005, p. 52.

⁶ Ver comentario en cita 325, en el libro de Satta, op. cit., p. 289

Es decir, el componente objetivo, guarda mucha importancia. Debe ser lícito, posible, determinado, patrimonial y comerciable. Es lo que el fallido o el contratante in bonis, se comprometieron a hacer o a dar.

Como se dijo, es determinante en la clasificación de los contratos. Se procede a dar algunos criterios para categorizarlos.⁷

Los contratos pueden ser bilaterales o no. Si son bilaterales, todas las partes a la vez, resultan acreedores y deudores del otro. Cada uno, tiene obligación de dar su prestación frente al otro. Se les llama también sinalagmáticos y en ellos se aplica la resolución y la excepción de contrato no cumplido.

Los pactos, también pueden ser consensuales o solemnes. En los consensuales, basta el consentimiento para darles perfección. En cambio, si son solemnes, la ley exige para su cristalización, un requisito formal adicional, como podría ser su otorgamiento en escritura pública.

La onerosidad o gratuidad, es otro criterio de clasificación. En los onerosos, cada una de las partes deberá desprenderse de algo que le representa una ventaja patrimonial. De ahí, que hay garantías de evicción y de vicios redhibitorios en ellos. No así en los gratuitos, porque imperó un espíritu de liberalidad.

Finalmente, también interesa conceptuar algunos como simultáneos, de ejecución diferida o de ejecución sucesiva. Esta

idea, atiende a la temporalidad que dura la ejecución. Se desarrollo se puede agotar en un sólo momento, en etapas, o de manera gradual en el tiempo.

Dentro de la presente investigación, se persigue analizar los efectos de la quiebra frente a los contratos de leasing financiero, fideicomiso de garantía y franchising. Entonces, puede concluirse que todos ellos, comparten algunas características de las citadas.

Son onerosos, bilaterales y de ejecución sucesiva. Ello, será importante tenerlo en cuenta para más adelante, en razón de su naturaleza como posibles relaciones jurídicas preexistentes.

Sección Segunda: Contratos preexistentes

En esta sección, se desarrolla la noción de la relación jurídica preexistente a la quiebra. Se puntualizan ideas en torno a su concepto, los principios generales sobre este tópico y lo que se puede entender sobre los contratos en curso de ejecución.

A) Concepto

La doctrina hace referencia al tema de las relaciones jurídicas preexistentes. Según el maestro italiano Salvatore Satta, fueron creadas por el deudor, de modo formalmente perfecto y son las que la quiebra encuentra perfeccionadas, pero todavía no terminadas en el momento de su declaración⁸.

7 Baudrit Carrillo (Diego), Teoría General del Contrato. Derecho Civil IV. Volumen I. Editorial Juricentro, tercera edición, San José, 2000, p. 31 a 39.

8 Satta (Salvatore). Instituciones del Derecho de Quiebra., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América S.A., tercera edición, 1951, p. 288 y 289.

Antes de declararse su quiebra, es factible el fallido habría sostenido un contrato con otro sujeto. Eso es un contrato bilateral, ya válido, pero pendiente de ejecución.

Tal cosa, se debe calificar como una relación jurídica preexistente. Éstas, obedecen a vínculos obligacionales que atan al fallido con diversos sujetos. El otro co-contratante, a raíz del desapoderamiento, ya no puede tratar con el quebrado ni esperar que de él directamente provenga la prestación.

La quiebra figura como sucesora, en relaciones constituidas por el fallido con terceros. Ostenta tal condición, ante ellos, en virtud de las obligaciones y derechos que de ellas se derivan⁹.

Bajo esa inteligencia, Satta consideró que los fines particulares subyacentes a esas relaciones jurídicas, debían ser temperados. Por un lado, en interés de la quiebra, para defender la regla del par *conditio creditorum* y no crear desigualdad. Y por otro, en interés de esos terceros, para que el estado de quiebra, no les haga sufrir más daños en su condición de contrapartes contractuales¹⁰.

Puede inferirse, entonces, que la ley tutela el tema e impone soluciones específicas. Lo hace en atención a la naturaleza de la prestación en cada contrato afectado, los intereses económicos del concurso y los de la parte in bonis (que es la que no sufrió la falencia).

B) Principios

El Derecho italiano ha marcado el sendero a seguir en el tema. El autor Satta, fijó una serie de reglas básicas sobre el tema de las relaciones jurídicas preexistentes¹¹.

Se comentan a continuación¹²:

1- Perfección sin terminación

Las relaciones jurídicas preexistentes son las que la quiebra encuentra perfeccionadas, pero todavía no terminadas al momento de su declaración. Esta regla, en cierto sentido, repite la definición misma del tópico sometido a estudio, pero sirve para subrayar que el pacto debe ser subsistente. No obstante, tiene una crucial importancia. Deja por fuera todo lo que no sea el ámbito de los contratos cristalizados. Es decir, la actividad precontractual. Las

9 El autor argentino Horacio Roitman, argumenta, que la transmisión de la posición contractual, no es inmediata, ope legis. Matiza las palabras incluidas en la obra clásica de Satta, antes apuntada. Esgrime que, antes, hay una suspensión. Ahí, el contratante in bonis y el síndico, pueden analizar varias alternativas, antes de que se decida que el concurso asuma y continúe con la relación jurídica preexistente. Vid Roitman, *op. cit.*, p. 143 y 144.

10 Ver Satta, *op. cit.*, p. 288.

11 Ibídem, pp. 289 a 291. Por supuesto, que los principios ahí descritos, pueden ceder o doblarse en determinados casos especiales, según el tipo de contrato.

12 El tradista Roitman, en la nota 19, acepta la recepción de ésta tríada de principios al Derecho Concursal de Argentina e incluso los transcribe en lengua italiana. Manifiesta que tuvieron su nacimiento en Italia. Y que con un proyecto de reforma planteado en 2004 en esa nación europea, se quiere dotarlos de un procedimiento concreto. En Italia, se desea puntualizar cuándo se suspende un contrato, qué plazo tiene el síndico para decidir sobre la continuidad, cuál contrato se resuelve por ley y cuál continúa e indicar soluciones concretas para casos especiales. En Argentina, ya cuentan con algunas disposiciones al respecto en la ley 24522. Ver Roitman, *op. cit.*, p. 87.

promesas, los contratos preparatorios y las meras tratativas, no pueden ser objeto de continuación por parte del curador. Todo ello, da acceso a resarcirse del interés negativo o de confianza, que consiste en los gastos incurridos en negociar¹³. Así, lo que no sea un contrato perfecto y culminado antes de la declaratoria de quiebra, no puede ser tenido como relación jurídica preexistente.

2- Quiebra no resuelve ipso iure

La quiebra, por sí misma, no implica la resolución de todas las relaciones jurídicas preexistentes, ni se puede considerar causa legal para incumplir.

La filosofía de este principio, descansa sobre el principio de la fuerza vinculante del contrato. Es decir, la máxima de *pacta sunt servanda*. Si el contrato nace, es para hacer cumplirse. En la medida de lo posible, se desea que ambas partes vean satisfechos los intereses patrimoniales que programar.

Empero, ello quedará supeditado a disposiciones de política legislativa y en buena medida, a la protección de los intereses concursales.

3- Carácter trascendente al juicio universal

Las modificaciones de las relaciones preexistentes dispuestas por ley, tienen un carácter sustancial que extiende sus efectos más allá del procedimiento concursal.

Si se dispone que el síndico continúe con la ejecución de un contrato preexistente a la quiebra, el campo efectual del pacto, va más allá de la clausura del proceso. Es decir, se respeta lo convenido y ejecutado, después de que exista pago a los acreedores por liquidación, rehabilitación o convenio resolutorio.

C) Contratos pendientes de ejecución y con prestaciones recíprocas

Cada vez que se hace referencia a las relaciones jurídicas preexistentes, es casi ineludible hacer referencia a los contratos pendientes de ejecución y con prestaciones recíprocas.

Entonces, conviene explicar un poco mejor tales expresiones.

Primero, el caso de los pactos con prestaciones recíprocas. En términos generales, son los contratos de naturaleza sinalagmática. A eso se refiere la expresión de prestaciones recíprocas. Ambas partes sufren desprendimiento patrimonial y simultánea ganancia. Comparten un riesgo.

Ahora, hay que detallar a qué se hace referencia al hablar de contratos pendientes de ejecución. Las prestaciones de las partes, aún no deben estar cumplidas íntegramente. A ello, va dirigida la noción de pendencia en la fase de ejecución contractual. Puede faltar que se cumpla con todo el objeto. O bien, aún podría restar algunos tractos o eventos por

13 En material de precontratos, Roitman considera que priva la inexigibilidad. Estima que si en situaciones de solvencia y normales es difícil conseguir que el deudor cumpla y evite que la obligación de hacer se resuelva a daños y perjuicios, aún más costoso es ante la Quiebra. Empero, considera, que si el síndico y el contratante in bonis, están de acuerdo y ello favorece al concurso, no habría impedimento para cumplir el contrato definitivo. Obviamente, en ese caso de excepción, ya no habría relación jurídica preexistente. Ver Roitman, *op. cit.*, pp. 170 a 174.

otorgar, como es típico de los contratos de ejecución sucesiva y diferida.

Resulta menester saber en que estado se hallan los pactos sinalagmáticos, perfectos, pero no terminados. Hay que analizar, en términos generales, quién ha cumplido sus obligaciones y qué era lo que tenían que dar o hacer.

Hay varias hipótesis:

El fallido cumplió antes de quebrar: Puede ocurrir, que el fallido sí hubiese puesto de su parte antes de quebrar. Así, el curador tiene que procurar continuar con el trato, si favorece al concurso. Obvio que la finalidad, es hacer crecer el acervo patrimonial de la universalidad. El síndico deberá ejercer las acciones respectivas, para alcanzar esa meta.

La parte in bonis cumplió antes de la declaratoria: En este supuesto, el sujeto contratante que ya ha honrado su parte, deberá formular el reclamo respectivo al curador, a fin de instarlo a verificar su derecho y que haga lo mismo.

La prestación a cargo de concurso, era personalísima: En este tipo de obligaciones, el curador queda imposibilitado de cumplir al tenor de lo pactado. El contratante in bonis, obtiene la resolución contractual y el derecho a exigir daños y perjuicios.

Sección Tercera: Ordenamiento costarricense

A) Legislación concursal

El artículo 912 del Código Civil, se encarga de decidir la suerte de ese co-contratante en un pacto sinalagmático.

Los acreedores del concurso, tienen el derecho potestativo, de decidir si el curador entra a sustituir al quebrado en la ejecución del contrato. La ley, les deja la posibilidad de elegir si lo hacen o no.

Si esa elección es positiva, los costos que la ejecución del contrato genere, serán créditos de la masa (894 inciso tercero del Código de Comercio). La norma no establece un plazo claro y definido para que los acreedores de la quiebra tomen su decisión de cumplir. En el peor de los casos, si no se negocia con los acreedores, todo quedará en suspenso y deberá acudir a la vía declarativa contra la quiebra. La única posibilidad para instar a los acreedores a decidir dentro de la quiebra, sería por medio del curador. Si él incumple con el deber de dar rápido trámite a la quiebra, y propiciar el resultado de la decisión, podría incurrir en alguna causal de remoción y el Juez ya quedaría enterado. Podría nombrarse otro curador que si propicie que los acreedores se reúnan y tomen la decisión.

Se añade, que si los acreedores quieren cumplir, la prestación que a nombre del quebrado entregará el curador, sólo podría ser dineraria, únicamente, ya que así se desprende del 913 del Código Civil. Probablemente la finalidad de la norma, es evitar que el concurso pierda activos como los inmuebles (que pueden tener plusvalía para ser liquidados a un mejor precio) o maquinarias (que pueden facilitar la continuación del negocio si así fuere posible, según el 877 inciso quinto).

La respuesta de los acreedores, puede ser negativa. Entonces, decidirían no sustituir al quebrado con el curador para que ejecute el contrato y otorgue la contraprestación. Expresamente, los numerales 912 y 913 del

Código Civil, disponen que lo único que puede solicitar el co-contratante, serán los daños y perjuicios irrogados. Sin duda, al no haber una vía procesal específica para encaminar tal petición, será menester que el co-contratante insatisfecho, acuda a al juicio declarativo (287 del Código Procesal Civil).

B) Lagunas

La regulación que contiene el Código Civil, fue diseñada para el Concurso Civil de Acreedores. La Quiebra, debe completarse con esas disposiciones. El Código de Comercio, guarda silencio en el tema.

En razón de esa circunstancia, la interpretación de problemáticas relacionadas con falencias y contratos económicos más moderno, deben integrarse con esas normas.

Un pacto como el arrendamiento financiero, actualmente, es atípico a nivel legal. Únicamente, cuenta con regulación reglamentaria, para efectos tributarios. Así, si sobreviene una declaratoria de concurso, no hay muchas herramientas específicas para entender con facilidad, cómo las partes de ese pacto, se van a ver afectadas. Ese contrato, como se verá, tiene una serie de fases o etapas, en las que se puede descomponer para su análisis. Ese aspecto, se infiere por cuestiones meramente doctrinarias y la legislación nacional, sólo contempla figuras similares, como las ventas o los arrendamientos. En nuestro país, la tipicidad social, sí la ha alcanzado el leasing. En especial, a través de las sociedades afines a los bancos. Su razón de ser, estriba en lo redituable del negocio y en las restricciones que pone la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, a la adquisición de

bienes inmuebles y de capital a los bancos. Deben dedicarse estrictamente a su giro de intermediación y no pueden retener sin autorización las fincas y bienes de remates, por más de dos años.

El franchising, es otro contrato que enfrenta dificultades similares. Surge del ejercicio de la autonomía de la voluntad. No hay una regulación concreta para él y los asuntos conflictivos, deben resolverse con base al aporte doctrinario y a los principios generales del contrato. Nótese, que ni siquiera hay disposiciones específicas que rijan las particularidades de ese pacto de colaboración. Ahora, si existe ese vacío dentro del campo de la normalidad, con más razón el problema se agrava más, en casos de ejecuciones colectivas.

Para el fideicomiso de garantía, en términos generales, la ley tiene mayores previsiones. Es típico y encuentra abrigo en las normas del Código de Comercio. Sin embargo, a diferencia de lo que existe en otros países, tampoco hay especificidad para el evento de quiebra de alguno de sus participantes.

Todas esas lagunas, ameritan alguna solución, para ponerle un norte a las disímiles interpretaciones y la dispersión que genera apoyarse en doctrina de legislaciones con sistemas incompatibles o ya derogados.

C) De lege ferenda

Es evidente, que se necesita unificación normativa, para tener un solo cuerpo normativo especial para las falencias. Basta con mirar el sistema español, que puede servir de ejemplo y en la reforma del 2003, dejó sentado con mayor claridad una sola vía para regular todos los supuestos.

Igualmente, artículos que pongan plazos concretos para que el curador o los mismos acreedores, procedan a expresar su voluntad. Pueden manifestar si desean seguir con el desarrollo del contrato con el quebrado o si tienen razones para pedir que se resuelvan. Esto es importante, para que la suspensión de la relación jurídica preexistente, no tenga un carácter eterno y pueda provocar daños a los intereses del contratante in bonis.

Otro aspecto de interés en el tema, es no cometer el error que se ha criticado en Argentina. Ahí, como ya se analizará en el campo del leasing, se creó un solo procedimiento de liquidación. Pero luego, se promulgó una ley especial para el arrendamiento financiero y ello tiende a causar un efecto centrífugo y de confusión en las reglas interpretativas.

Una innovación más, en este tópico de relaciones jurídicas preexistentes, podría estribar en una mejor regulación de los daños y perjuicios que puede recibir el contratante in bonis. Como ya se dijo, si la masa opta por no continuar los pactos, no hay vía específica para discutir una indemnización. En las legislaciones que se analizarán, se crea un incidente concursal, para encausar ese reclamo.

Esos elementos valiosos y otros que se desprendan de las siguientes líneas, pueden enriquecer un futuro cambio.

CAPÍTULO SEGUNDO: ENFOQUE EN HISPANOAMÉRICA

Este capítulo versa sobre el dato legislativo actualmente existente en tres países hispanoamericanos seleccionados. A saber, España, Argentina y México. Al hacer

una somera descripción de sus sistemas concursales, se les puede comparar con el de Costa Rica y obtener conclusiones.

Sección Primera: Quiebra y Arrendamiento financiero

Las legislaciones de España, Argentina y México, durante el último quinquenio, han experimentado cambios importantes en el campo de las quiebras. Nuevas leyes, promulgadas con la intención de alcanzar reformas integrales y responder a las exigencias de la actualidad. En contraste, Costa Rica ha mantenido estática y anquilosada, la tradicional dispersión normativa. La finalidad de esta sección, es conocer en que forma, otros países abordan el problema de contratos como arrendamiento financiero, fideicomiso de garantía y franchising, frente a la quiebra.

A) Generalidades del Leasing Financiero

La descripción de un instituto jurídico, reviste relevancia. En efecto, es conveniente repasar los contornos que delinean al contrato de arrendamiento financiero. Tal acción, constituye una base para sostener ulteriores precisiones. Especialmente, porque los aspectos más generales, sirven para complementar las disposiciones sui géneris de los ordenamientos hispanoamericanos a comentar.

1- Naturaleza jurídica:

El leasing, es una valiosa alternativa, de utilidad extrema, especialmente en el ámbito de los países tercermundistas. Para el empresario de estas latitudes, es muy difícil realizar una constante inversión de dinero en modernizar su tecnología. También, es complicado intentar comprar de contado nuevo equipo que le ayude

al crecimiento de su actividad. Y con más razón, con todas las trabas y complicaciones que los entes bancarios le ponen para acceder al crédito¹⁴.

Bajo esas premisas de escasez, la teoría económica indica que debe hacer un estudio comparativo de costos alternativos de inversión. Bastantear las opciones de financiamiento que tenga a la mano. Para ello, se usa el método del costo anual equivalente uniforme, para seleccionar cuál alternativa es más barata y accesible.

Una forma económica-jurídica de lograr sus finalidades, es el leasing o arrendamiento financiero¹⁵.

Con esa operación compleja, es factible que se disfrute de un equipo moderno, pagando una merced o canon distribuido en el tiempo y aún, quede la posibilidad de adquirir o devolver el bien de capital¹⁶.

Los facilitadores del crédito, generalmente constituyen sociedades especializadas. Son las entidades de leasing, que fungen como dadores.

Así, el arrendamiento financiero se ha abierto paso en el mundo.

2- Carácter autónomo

Doctrinariamente, ha existido una tendencia marcada a acercar al leasing, con otras figuras tradicionales. Para efectos académicos y para mejor entender sus alcances, no es del todo inútil. Claro está, el leasing es un pacto atípico, traído del Derecho Anglosajón y que guarda algunos elementos parecidos.

Pero tiene una combinación de características, que lo distinguen y le dan una entidad propia.

Se ha sostenido, que el leasing, se asimila a un contrato de arrendamiento. Existen algunas

14 Rodríguez Azuero (Sergio). Contratos Bancarios. Su significación en América Latina., Legis Editores S.A., quinta edición, Bogotá, 2002, p. 699. Este distinguido doctrinario colombiano, define a este instituto atípico: "Así las cosas, podríamos definir el contrato de leasing o arrendamiento financiero en su forma más representativa, como aquél por virtud del cual una sociedad especializada adquiere, a petición de su cliente, determinados bienes que le entrega a título de alquiler, mediante el pago de una remuneración y con la opción para arrendarlo, al vencimiento del plazo, de continuar el contrato en nuevas condiciones o de adquirir los bienes en su poder".

15 Gherzi (Carlos). Contratos Civiles y Comerciales. Partes general y especial. Tomo 2. Editorial Astrea SRL, Quinta edición, Buenos Aires, 2002. En torno al leasing financiero, comenta: "Se trata de un herramental de acceso a bienes de capital o durables mediante crédito, especialmente para empresas medianas o pequeñas que no pueden acceder a financiaciones bancarias o extrabancarias por falta de garantías, iniciación en plaza, etc.; contiene la ventaja respecto de estas últimas de que no opera "sobre saldos", situación en la cual las cargas financieras deterioran el poder de expansión de estas empresas (pequeñas o medianas) en los momentos iniciales de su producción y competitividad en el mercado (adecuación al mercado). El crédito-leasing permite así pagos uniformes, en los cuales convergen capital e interés, evitando mayores intereses en el inicio del proyecto, aún cuando se concedan plazos de gracia, pues esto aumenta el costo y sólo difiere la estrangulación financiera de la empresa".

16 Barreira Delfino (Eduardo) "Leasing". Aspectos Jurídicos Contables. Impositivos y operativos. Ed. Cangallo S.A. C.I., Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 326. Sobre la naturaleza jurídica del Leasing: "la operación constituye una estructura, un negocio jurídico o contrato complejo integrado, para lograr sus efectos por un conjunto de obligaciones en sí mismas autónomas, pero vinculadas de modo interdependiente e indivisible nacidas de una misma causa y que persiguen la consecución de un resultado determinado."

semejanzas. En ambos casos, hay uso y disfrute de un bien. Se prolonga por un tiempo determinado. Igualmente se conviene en cuotas de amortización, parecidos al alquiler. En el arrendamiento, generalmente la elección del bien para arrendar, la hace el arrendado, mientras que, en el leasing, esta potestad corresponde al Tomador (arrendatario).

El arrendamiento puede recaer, tanto sobre bienes corporales como incorporales; lo único que interesa es su condición de que no sean consumibles. El leasing exige, además, que los bienes sean de los llamados de capital.

En el arrendamiento, el canon se paga en dinero o en especie; mientras que en el leasing, el pago se efectúa siempre en dinero. En el arrendamiento, la entrega del bien la hace el arrendador al arrendatario. En el leasing financiero, el bien lo da un proveedor.

Cierto que hay algunas similitudes entre ambos contratos. En especial, en la fase de administración del leasing. Se da el uso y disfrute, a cambio de una suerte de precio. Pero la gran diferencia, sobreviene al final. El leasing otorga la opción de adquirir el bien. Eso sería anormal, raro y extraño a un simple arrendamiento. La conclusión ineluctable, es que el arrendamiento financiero, es una figura con autonomía.

Otra comparación usual, se ha producido frente a la compraventa sencilla o a plazos.

Es bien sabido que la venta es un contrato traslativo de dominio. Su causa, es transferir la titularidad de un determinado bien, para que entre en el patrimonio del comprador, a cambio de una contraprestación. Como ya se dijo, el leasing es un contrato que privilegia el uso y goce de la cosa. Pero tiene una causa con diferencia. No necesariamente existe ese propósito de incorporación al patrimonio del comprador. En la venta, la transmisión del bien es real y efectiva. En el leasing, sólo es eventual. Queda sujeta a la decisión que tome el tomador al final de la etapa de administración. Es decir, con sujeción a una serie de alternativas. Surge otra diferencia en el tema de las garantías. Generalmente, y por la conexión de las redes contractuales entre dador y proveedor, el dador trata de eximirse de la garantía de vicios redhibitorios de la cosa. Se intenta por medio de una cláusula de exoneración escrita en el pacto de adhesión del leasing. Su validez, es cuestionable ya que muchos ordenamientos establecen responsabilidad solidaria de ambos frente al consumidor del leasing. En la venta, ese tipo de cláusulas, no es frecuente y el vendedor asume de frente toda la obligación de garantía¹⁷.

El leasing financiero, también ha sido comparado con la compraventa a plazos,

17 El tema de la red contractual, el consumidor y la responsabilidad solidaria del fabricante o proveedor con el dador, es complejo. En España, lo que se recomienda es que el tomador o consumidor, los demande a todos en el mismo litigio (Cfr López Frías, Ana. Los Contratos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1994, pp. 128 a 130. En Argentina, se critica con vehemencia una reforma por ley 25248 especial para leasing, que mutiló la posibilidad de exigir responsabilidad solidaria, para favorecer a las entidades de leasing y no poderles exigir responder por vicios redhibitorios en los bienes que arrendan (Comparar con Ghersi, op. cit., pp. 147 a 150).

con condición. Los tractos pagados en el leasing financiero, tienden a identificarse con los abonos al precio. En el leasing, no hay equivalencia entre montos totales por los cánones del bien y el precio final. La realidad, es que esa cuota, va cargada con parte del valor distribuido y además, con un costo financiero que da ganancia al dador. Por sí misma, la cuota no justifica el efecto traslativo de dominio de la venta, porque al final el tomador podría optar por no pagar ni el valor residual. Es decir, no dejarse el bien ya depreciado. Así, el importe por el uso y goce del bien, excede el valor fiscal y hasta el venal, debido a las ventajas económicas de leasing. El dador, ha sacado del tomador, algo más que un simple precio en abonos. Hay otra diferencia crucial. En una compraventa a plazos (con pacto de reserva de dominio), el comprador deviene en propietario con solo pagar la última cuota. Eso, es diametralmente distinto en el leasing financiero. El tomador, sólo se hace dueño de la cosa, si ejerce en la etapa de alternativas, la opción de comprar, pagando el valor de rescate.¹⁸

B) Etapas de desarrollo

El leasing financiero, es un contrato que se enmarca dentro de aquellos llamados como de ejecución sucesiva. De ahí, que se pueda descomponer su desarrollo, únicamente para efectos de análisis, en una serie de fases o etapas. Bajo las clasificaciones usuales, encuadra dentro de los contratos de ejecución sucesiva. O sea, su despliegue es continuo y paulatino.¹⁹

Ahora bien, dentro de ese lapso continuado de ejecución del contrato, la doctrina ha definido tres etapas distintas que se suceden en el tiempo, a saber: la etapa precontractual, la contractual, y una impredecible etapa final.

1- Precontractual

En este episodio inicial, los interesados preparan todos los elementos necesarios para su ejecución. Se llevan a cabo actos preparatorios para la puesta en marcha del contrato²⁰.

18 Jinesta (Ernesto). Contrato de leasing financiero. Revista Judicial, número 55, San José, 1992, pp 21-25. Explica el jurista citado: “ (...) no puede presumirse que el tomador tenga al inicio del Contrato de Leasing, voluntad de comprar, ya que esta normalmente suele formarse al término del contrato y por diversos factores. Para la existencia del efecto traslativo, en el Contrato de Leasing, debe haber una manifestación de voluntad para ejercer la opción de compraventa.”

19 Cfr con Baudrit Carrillo *op. cit.* p.38. Las obligaciones en el pacto de ejecución sucesiva se van ejecutando durante el transcurso del tiempo, o sea que el cumplimiento de esas obligaciones, que tienen carácter de permanencia durante toda la vigencia del contrato, se escalona en el tiempo.

20 Alterini Atilio (Anibal) Derecho Comercial Contemporáneo. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá 1989, p. 113. Este autor comenta la etapa precontractual, con su gama de actos preparatorios: “selección y compra de los bienes; es aquí donde se selecciona al proveedor o persona que suministrara el bien o bienes objeto del Contrato de Leasing; el usuario es entonces quien, toma la decisión de financiación y escoge al proveedor. Una vez que ha escogido el equipo y ha entrado en contacto con el fabricante, el usuario se dirige a la sociedad de leasing y formula la solicitud respectiva; la sociedad de leasing la estudia teniendo en cuenta especialmente factores tales como la solvencia del usuario y rentabilidad de la inversión. Si la solicitud es aceptada, la sociedad de leasing dirige una oferta al usuario con los elementos propios del Contrato de Leasing y, si esta oferta es aceptada, se firma el Contrato de Leasing y nacen las obligaciones y derechos para cada una de las partes intervinientes.”

Se lleva a cabo el estudio de factibilidad por parte del sujeto dador, quien formula una oferta de contratación. Cuando es aceptada por el tomador, el dador, procede a la compra de los bienes.

Algo interesantísimo, es que el tomador le hace manifiesto al dador, su interés sobre un bien específico. O sea, el objeto del arrendamiento financiero, es especialmente seleccionado por su futuro usuario. Él, ha buscado y constatado todas las características y cualidades del bien de capital que necesita. Se lo comunica con antelación al dador, para que acuda donde el proveedor. El proveedor, le transmite en propiedad ese bien al dador. Éste último, por decirlo así, lo adquiere, para ponerlo a trabajar en una especie de alquiler, que le dejará buenas ganancias.

Con franqueza, ésta etapa no tiene mucho interés de cara a la declaratoria de la quiebra. Sólo se han dicho meras intenciones, indemnizables bajo el criterio del interés negativo. No hay aún, un contrato sólido, según los principios que esbozó Satta. No se puede afirmar que haya relación jurídica preexistente.

2- Administración

La etapa de administración, presupone la coetánea firma del contrato de arrendamiento financiero. Se produce la manifestación de voluntad, que perfecciona el pacto. Se inicia la ejecución del contrato. El bien, queda a disposición del tomador. En definitiva, queda fijado el canon periódico, el valor residual del bien, las condiciones resolutorias del pacto y su duración. El tomador, contento con el bien que le consiguió el dador con el proveedor, comienza el uso y disfrute del bien de capital. La entidad de leasing, se enriquece con el pago de las cuotas a través de toda la vida útil

contable del activo, calculada bajo los métodos de línea recta o depreciación acumulada.

Esta fase, es totalmente trascendente y es la más susceptible de quedar bajo la influencia de la declaratoria de quiebra. Por su eventual mediana duración, se corre el riesgo de que el dador o el tomador, sufran la falencia. Ello, provoca que el contrato, aún en progreso, sea de aquellos llamados pendientes en etapa de ejecución y con prestaciones recíprocas por dar.

Si el concurso sobreviene en esta etapa, queda despejada la gama de oportunidades que brinda la fase siguiente, como se comentará.

3- Alternativas

En verdad, esta etapa es la más curiosa del leasing financiero. Hace que tome un tinte diferente al de otras figuras clásicas. Al llegar al final del tramo de depreciación del activo, el tomador debe tomar una seria decisión. Se le presentan varias opciones. Puede devolver el bien usado. Puede renovar el contrato, con el reajuste de la cuota. Puede suscribir un convenio de novación del leasing, recibiendo un nuevo bien de capital más moderno. Finalmente, y como una posibilidad nada despreciable, puede ejercer la opción de compra y pagar el valor de rescate pactado, para quedarse con el bien en propiedad.

Para el mundo del Derecho Concursal, esta fase es también muy importante. Presupone que ya casi se ha consumido el pacto. Únicamente, faltaría el ejercicio de ese derecho de opción. Esa manifestación, corre por cuenta del tomador.

Si el tomador cayó en quiebra, va a tener que responder por él, su curador. La entidad de

leasing, va a tratar de sacar de la masa de esa quiebra, un bien de capital que aún es suyo. Igualmente, puede esperar a que el síndico del fallido, le diga que camino tomará el concurso. La lógica indica, que la quiebra del tomador, no quiera dejarse un bien depreciado. Su valor de cara a un remate del proceso liquidatorio, sería bajo y tratar de dejárselo, podría resultar un gasto más para un patrimonio enfermizo y débil. El concurso del dador, podría intentar obtener la propiedad del bien objeto de leasing. El síndico, debería ejercer su facultad de expresar el deseo de comprar y pagar el valor residual convenido. Ello, sólo se daría en rarísimos casos de conveniencia. Por decirlo así, como para tener “una muerte más digna” o falencia menos calamitosa. Y uno de esos casos, sería aquél en que se autorizó la continuación del negocio del tomador quebrado. Además, el bien debiera resultar indispensable para realizar esa faena. Empero, tal cosa, es bastante improbable y de cualquier manera, conseguir un bien, sería generador de gastos de la masa. En la mayoría de las quiebras, la meta o norte perseguido, es liquidar a toda costa.

Otras posibilidades ocurren, si es el dador, quien sufrió la desgracia de quebrar. El concurso de la entidad de leasing, tendría como efecto, la obligación del curador, de integrar toda la porción del activo. Entonces, el síndico estaría en el deber de traer el bien de capital a nombre de la quebrada. Reivindicarlo. En teoría, estaría afecto al desapoderamiento y a responder a la ejecución colectiva. Sin embargo, aquí viene un aspecto sui géneris del arrendamiento financiero. Como relación jurídica preexistente que es, quedó perfeccionada antes de que ocurriera la falencia. Ello, dejó sometido al objeto del leasing, al principio de pacta sunt servanda. Hipotéticamente, el curador, antes de quitarle el bien al tomador, debe escucharle. Ello

implica, darle la oportunidad de escoger entre las alternativas pactadas con el deudor, antes de la falencia. El tomador, podría encontrarse muy cerca de superar la fase de administración, o haberla agotado ya. Ello lo dejaría en perfecta posición, para pagar a la quiebra, cuotas faltantes del leasing y expresar su deseo de recibir el bien en propiedad, con escritura que firmará el curador a nombre del fallido. La doctrina, nunca ha sido clara en puntualizar qué porcentaje de cuotas faltantes puede pagar el tomador, para poder optar por escoger. Queda al arbitrio del Juez Concursal y de los intereses de la universalidad. Pero lo cierto, es que la pendencia de ejecución, quedará salvada dándole ese chance al tomador que se encuentra in bonis.

Otra hipótesis, algo bizarra, es que el síndico favorezca la continuación del negocio de la entidad de leasing. Seguiría arrendando. Ello, abriría un abanico de posibilidades frente a la etapa de alternativas. El tomador, podría novar el leasing, o bien, ampliar la fase de administración del bien ya depreciado en su poder. El curador, deberá ponderar si ello, le produce alguna utilidad al concurso, para paliar con las pérdidas irre recuperables. Tal eventualidad, se ve bastante improbable. Y de toda suerte, la experiencia indica que el juicio universal liquidatorio, espanta y amedrenta a cualquier tomador. Por un lado, se estaría contratado un pacto de ejecución sucesiva, de manera patológica, con un sujeto con patrimonio en franca desmembración. Se estaría lidiando con la ira de múltiples acreedores, que querrían estar recibiendo reparticiones y no dejarían dinero para que la quiebra responda por garantías o litigios con el tomador. Y además, se abriría la puerta, para que penetre el fantasma de la finalización del concurso, antes de que termine el plazo de administración de un leasing novado.

Todo lo que se ha dicho hasta aquí, con respecto al arrendamiento financiero, puede encontrar variaciones de país en país.

C) Efectos de la quiebra sobre el Leasing financiero

Corresponde en este aparte, dar un pequeño recuento acerca de las particularidades de cada ordenamiento. Se brinda una explicación bastante sintética de los aspectos más destacados en cada una de los ordenamientos seleccionados.

1- España

En la nación ibérica la nueva Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio de 2003, contiene disposiciones particulares. En especial, sus artículos 90, 155 y 156.

En virtud de ellos, el leasing financiero, ante el evento de una quiebra, toma un distinto matiz.

En palabras simples, el contrato no es visto como un pacto en donde el dador, se tenga como simple dueño del bien.

El legislador español, ha asimilado el leasing financiero, como una garantía real.

Ello, tendrá consecuencias sustantivas y procesales de importancia, como se analizará.

a) Quiebra del tomador

El usuario o tomador, podría caer en la terrible situación de la quiebra. De ocurrir tal cosa, el dador debe reclamar al síndico del fallido. Según los artículos 60 a 62 de la ley hispana, la declaratoria de concurso, en principio no afecta la vigencia del contrato y hay inadmisión de cláusulas de adhesión que faculden al dador, a dar por terminado el pacto por resolución y apoderarse de una vez del bien (especie de pacto comisorio expreso).

La legislación española, para efectos del concurso, considera al leasing financiero, como una especie de garantía real. Es decir, el dador va a tener un privilegio de ejecutar un bien específico, que responde frente a la restitución de un crédito previamente concedido al tomador. O sea, la cosa que ha sido objeto del contrato de leasing financiero, va a ser ejecutada.

La entidad de leasing, no va a reivindicar el bien de capital. Lo que los artículos 90 inciso segundo y 155 de la Ley Concursal española le otorgan, es un derecho a rematarlo o realizarlo. Con el precio de su venta, puede pagarse su crédito. Y a la vez, dejar en manos de la masa de acreedores, un eventual remanente, si alcanzó para satisfacerse. Si no fuere suficiente el precio de venta, tendrá la oportunidad de legalizar con el resto de acreedores.

Se ha criticado al legislador español²¹.

21 Pacheco Cañete (Matilde). Naturaleza Jurídica del Leasing Financiero. Reflexiones a la luz de la Ley Concursal. En Revista de Derecho Mercantil , número 252, abril-junio, Consejo de Redacción, Madrid, 2004, p 105. Esta académica española, considera que esa forma de ver las cosas, responde a una visión utilitarista del legislador hispano. Le critica que se han usado las normas, para atender a la finalidad del concurso, que es pagar a todos los acreedores del tomador quebrado. Pero que esa solución, no responde realmente a la auténtica naturaleza jurídica del leasing financiero. Considera que este contrato, no es en sí un derecho real de garantía ni es equiparable con la venta a plazos con reserva de dominio, porque no es ni una venta ni existe en ella, la reserva de dominio. Y motiva esa alegación, afirmando con muchísima razón, que el bien de capital, sólo le llega a pertenecer al tomador, si en el plano jurídico, llega a ejercitar positivamente la opción de compra. Así, por mucho que haya pagado de cuotas, el bien aún no sería suyo ni propiamente perteneciente a la masa de la quiebra del tomador.

En realidad, ha puesto al dador, en una posición de privilegio frente a muchos otros. Equipara al leasing financiero, a una prenda con desplazamiento o a una hipoteca. De una vez, y aunque sólo sea ficción, introduce el bien de capital dentro del patrimonio del quebrado usuario-tomador, a pesar de que aún pertenezca a la entidad de leasing. Eso es lo criticable y desnaturalizador. Y por efecto legal, sin la necesaria aquiescencia del tomador, o su síndico durante el concurso, se permite agredir un sector específico del patrimonio a favor del dador. En realidad, el principio de *par conditio creditorum*, se ve conculcado.

Una posible explicación, puede encontrarse en el poder económico de las empresas dedicadas al leasing y en la intención de grupos políticos, de favorecerlas. Ellas se pagan primero con el producto de la venta. Si no se forzara a la existencia de la subasta y a la función de garantía, todo el bien completo podría quedar a favor del concurso y de la masa quirografaria, pagando las cuotas que falten por supuesto o ejerciendo la opción de quedarse con el bien. Sin embargo, el legislador forzó a pagarle primero a la entidad de leasing

Por otro lado, ese mecanismo, al menos, es práctico. Puede dejar algo para la masa de acreedores. No deja vacías totalmente las manos del concurso ni deja sin resolver el escenario en el que la entidad de leasing actuaba abusivamente. Frena la intención del dador, de apoderarse tanto de las cuotas de amortización que ha venido cubriendo el ahora quebrado y del bien objeto del arrendamiento financiero, simultáneamente. Eso, en palabras simples, era un enriquecimiento sin causa. El bien, queda como perteneciente a la masa y afecto al desapoderamiento de la quiebra. Por eso, se subasta.

Lo particular, es que en la nueva solución española, es sólo para efectos concursales y no para otros. Normalmente, el dador debería intentar la reivindicación frente a la quiebra. No obstante, en virtud de lo comentado, pierde todo sentido, aunque el bien esté identificado registralmente a su nombre. Esa es una consecuencia que procesalmente torna en innecesario el incidente de reivindicación tradicional.

b) Quiebra del dador

La entidad de leasing, también pudo caer en el colapso financiero que implica la quiebra. Para que haya relación jurídica preexistente, la lógica indica que ya se debe estar en etapa de administración o alternativas, del leasing financiero.

En el artículo 83 de la Ley Concursal Española, se hace referencia al momento de declaración del concurso, cuando la prestaciones de las dos partes están por cumplir o una parte ha cumplido y la otra no.

En este último supuesto, la entidad de leasing, puso el bien de capital a disposición del tomador. Por ende, ya habría una ejecución parcial de lo que le corresponde.

Ello, generará dos posibles obligaciones para cada parte contractual.

Por un lado, para la quebrada, la eventualidad de dar el derecho a seleccionar alternativas. Si ello la hace incurrir en costos, van a su masa pasiva, de acuerdo al 83 de la Ley Concursal Española. En teoría, uno de ellos, podría ser pagar una escritura de traspaso, si el tomador opta por pagar el valor residual o de rescate y asumir la propiedad del bien.

Por otro lado, para el tomador, la posibilidad de tener que cubrirle aún, cuotas de arrendamiento financiero a la dadora quebrada. Ello ingresa a la masa activa de la fallida.

A pesar de lo dicho, se deja en pie, una posibilidad adicional. Puede ser operativa, en los casos en que la fase de administración sea totalmente incipiente. Es decir, cuando quien arrendó el bien, ha pagado aún muy pocas cuotas o ha dejado de pagarlas y al concurso de la entidad de leasing, le sirve más mantener en poder de la masa el objeto. Es el ejercicio de la acción resolutoria, mediante el procedimiento de incidente concursal.²²

En líneas anteriores, se habló de la tutela de los intereses económicos del concurso. Ello, podría ser una justificación para sostener un incidente de esa índole. Es sabido, que una causal de resolución, es la excesiva onerosidad sobreviviente. De suyo viene, que en algunos casos, a la universalidad, podría serle muy gravoso continuar con el contrato de leasing, si así lo intenta escoger el tomador (o incluso, en los casos en que comienza apenas la fase de administración)²³.

La otra justificación para resolver, es el incumplimiento. Aquí, es más fácil encontrar explicación. Si el tomador o usuario, ha dejado de pagar las cuotas antes de que se diera la quiebra o en su transcurso, sin duda que la articulación adquiere un sustento. El tomador, no podría ser cumpliente in bonis y ello amerita sanciones.

2- Argentina

En dicha nación sudamericana, en materia de leasing, ha entrado a regir normativa específica para su tratamiento.

Desde el catorce de junio de dos mil, entró en rigor la ley 25248. Se creó con ella, un régimen específico para situaciones concursales de contratos de leasing pendientes de ejecución, con prestaciones recíprocas. Por ser posterior y especial, predomina sobre el régimen común de la legislación de quiebras.

En el artículo 11 de la ley 25248, se incluye un sistema de continuidad en los contratos de leasing. Se deja sentado, un régimen de oponibilidad de los acreedores frente al contrato de leasing debidamente inscrito.²⁴

22 Candelario Macías (Isabel). Impresiones sobre los Efectos de la Declaración del Concurso a la vista de la futura Ley Concursal. En Revista de Derecho Privado, julio-agosto, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2003, pp. 538 y 539.

23 De lo comentado, se puede ver el gigantesco contraste con el anterior procedimiento. El incidente concursal de resolución, no existía y todo quedaba bajo al discrecionalidad del curador. Ahora es diferente y el Juez de la quiebra, es quien decide: "Aquí se concede al síndico el derecho a elegir entre la ejecución y la no ejecución del contrato bilateral, según el criterio que sea más favorable para la masa. Si se decide por la ejecución, las prestaciones contractuales se realizarán íntegramente, o sea que la masa ha de cumplir, sin reducción alguna, la que incumbía al quebrado. Si se decide por la no ejecución, ninguna de las partes queda vinculada por el contrato; pero la parte in bonis puede reclamar daños y perjuicios por la falta de cumplimiento, insinuando este crédito como un crédito ordinario de la quiebra". Ver Garrigues, op. cit., p. 47.

24 Ver Roitman, op. cit., p.580.

a) Quiebra del dador

En forma pacífica, si quiebra la entidad de leasing, el sujeto tomador puede perfectamente aspirar a la continuación del contrato.

Se le reconoce al tomador, la oportunidad de ejercer el derecho de opción de compra, propio de la etapa de alternativas del leasing.

Tal pensamiento legal, se maximiza en los casos en los que faltan muy pocas cuotas por pagar y resta saldar el valor residual del bien. Se dice, que en esas situaciones, virtualmente el bien de capital, ha ingresado en el patrimonio del tomador.

Entonces, el tomador in bonis, sólo debe instar la verificación de su crédito en la quiebra. No sería otra cosa que reclamar que le traspasen el bien con el correlativo pago de saldos a la masa.²⁵

El síndico, de ser necesario, es quien debe comparecer a nombre de la masa, a rubricar la enajenación.

En razón de la especialidad del artículo 11 de la ley de leasing argentina 25248, no es dable que el contratante in bonis, pueda pedir la resolución contractual. Se busca la continuidad del contrato y darle preferencia para ejercer

opciones. La norma le otorga esa ventaja frente a otros acreedores de tipo común y en alguna medida, frente al concurso mismo.

La ley, como novedad, se aplica no sólo al leasing de bienes muebles, sino también a inmuebles para vivienda.

b) Quiebra del tomador

La falencia del usuario del bien de capital, es una posibilidad contemplada por la ley argentina 25248.

Dicha normativa, recarga en el síndico, toda la labor frente al derecho de opción. Sólo él, a nombre del usuario o tomador fallido, puede decidir si la hace valer.

Si en definitiva, la respuesta es positiva, debe suponerse que la quiebra del tomador quebrado, sí tiene fondos para pagarle cualquier saldo al dador in bonis, especialmente el valor de rescate. Y además, que le va a resultar provechoso hacerse del bien de capital, para repartirlo entre otros acreedores.

El procedimiento, puede resumirse de la siguiente manera:

Sesenta días para ejercer la opción de continuación por parte del síndico, contados

²⁵ Ibid, pp. 581 y 582. En estos casos de leasing en Argentina, vale más la regla de pacta sunt servanda, que la fuerza del fallo de quiebra. Dice Roitman: "Se trata entonces de otro de los contratos en los cuales la quiebra no produce efectos hacia la parte in bonis (...), razón por la cual la quiebra carece de influencia sobre el contrato de leasing en curso; el tomador habrá de tener, simplemente, la precaución de pagar los cánones locativos al síndico después de la sentencia de quiebra, teniendo en cuenta que tales fondos ingresan al activo falencial por razón del desapoderamiento, y se encargará de pagar el precio por el valor residual si decide ejercitar la opción de compra que otorga el contrato".

desde la declaración falencial del tomador. Este plazo, es 3 veces más largo que el que otorga la ley concursal común 24522.

En caso de silencio, opera la resolución automática transcurrido el lapso bimensual.

El Juez devuelve el bien al dador o entidad de leasing, contra presentación del contrato.

Concomitante reclamo de verificación de crédito del dador, ante la quiebra del tomador. Le puede cobrar al concurso, las cuotas o cánones debidos y cualquier suma que el fallido le debiera, derivada del pacto de leasing.

3) México

En México, rige una nueva ley de quiebras. Corresponde a la Ley de Concursos Mercantiles del 27 de abril del 2000.

En materia de contratos pendientes de ejecución, conviene transcribir literalmente el contenido del artículo 92 de esa normativa²⁶. Reza:

“Los contratos, preparatorios o definitivos, pendientes de ejecución deberán ser cumplidos por el Comerciante, salvo que el conciliador se oponga por así convenir a los intereses de la Masa.

El que hubiere contratado con el Comerciante, tendrá derecho a que el conciliador declare si se opondrá al cumplimiento del contrato. Si el

Conciliador manifiesta que no se opondrá, el Comerciante deberá cumplir o garantizar su cumplimiento. Si el conciliador hace saber que se opondrá, o no da respuesta dentro del término de veinte días, el que hubiere contratado con el Comerciante podrá en cualquier momento dar por resuelto el contrato notificando de ello al Conciliador.

Cuando el Conciliador esté a cargo de la administración o autorice al Comerciante la ejecución de los contratos pendientes, podrá evitar la separación de los bienes, o en su caso, exigir la entrega, pagando su precio”.

Como puede inferirse de lectura de ese ordinal, el conciliador tiene un peso enorme en este tópico.

Se necesita su expresa respuesta positiva, para que el contratante in bonis pueda continuar con la ejecución contractual y obtener el cumplimiento del quebrado. En este supuesto, de complacencia del conciliador, sí se hace realidad la regla de la fuerza vinculante del contrato y se propicia la continuidad.

Cuando no hay respuesta expresa o se manifiesta una negativa, el contratante in bonis, no tendrá más remedio, que entender que la resolución contractual se apoderará de la escena. Sólo le queda notificar al conciliador para tener por cumplido el requisito procesal, o bien, para ver si ahora sí da respuesta favorable.

26 Ley de Concursos Mercantiles. Actualizada. Ediciones Delma SA de CV, México D.F., 2006, p. 36.

Pareciera que frente a la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, el único cambio tangible en la regla general, es fijar un plazo de veinte días para definir la situación y la nomenclatura y pertenencia al IFECOM del funcionario que da la respuesta.²⁷

a) Quiebra del tomador

En el sistema mexicano, parece no existir una previsión específica para el leasing.

En verdad, ello deja en un limbo total al usuario o tomador que cae en quiebra. El bien objeto del leasing, no estaría inscrito en un registro especial.

Estaría registrado, a nombre de la entidad de leasing. Ello, sin más, la facultaría para aplicar la reivindicación, a tenor del artículo 71 de la Ley de Concursos Mercantiles.

El vacío y las lagunas que deja dicha normativa, son amplios, porque no es dable asimilar el leasing, ni al arrendamiento ni a la compraventa. Como ya se ha visto, es un pacto autónomo y el operador jurídico que acerque el leasing a

alguna de esas figuras, está tomando partido de manera comprometedor y discutible.

Así, no hay trabas explícitas para que se excluya de la masa falencial activa el bien de capital que posea el tomador quebrado.

El único remedio posible, es que el Conciliador se pronuncie en forma afirmativa a los pedidos de buena fe, que haga la entidad de leasing, para seguir con el curso normal del contrato, tal y como se pactó originalmente.

b) Quiebra del dador

El caso de la quiebra de la entidad de leasing, somete a vicisitudes similares al operador jurídico y al contrante in bonis.

La meta del tomador, será intentar conseguir que le traspasen el bien de capital, previo ejercicio del derecho de opción.

Podrá lograrlo, siempre y cuando obtenga la aquiescencia del conciliador, en los términos del artículo 91 de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana.

27 En efecto, no se observan cambios ostensibles. Se comentaba sobre las relaciones jurídicas preexistentes en México: "Bajo este rubro se entienden comprendidos los contratos bilaterales, de cualquier índole, que un comerciante tenía propalados o firmados al momento de quebrar. Sobre el particular la regla general consiste en que los contratos bilaterales cuya ejecución esté pendiente por parte del comerciante que quebró, podrán ser cumplidos por el síndico, previa autorización del juez y oída intervención. Por su parte, el que hubiere contratado con el quebrado y se pudiera ver afectado por el incumplimiento, podrá pedir al síndico que manifieste si cumplirá o rescindirá el contrato aún cuando no hubiere llegado al momento de su cumplimiento, a fin de que el afectado actué de acuerdo con la consecuencia jurídica que mejor proceda. Si en cambio, el contrato bilateral está pendiente de ejecución, no del comerciante quebrado sino de su contraparte, éste podrá suspender la ejecución hasta que el síndico cumpla o garantice el cumplimiento de su prestación (Art. 139 LQSP)". Así se observa en Dávalos Mejía (Carlos). Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Editorial Harla SA de CV, México D.F., 1984, p. 561. En un sentido similar, las lacónicas observaciones que se consignan en la nota explicativa 32, que dice que basta con una norma general que dijera que la quiebra no rescinde automáticamente los contratos pendientes de ejecución y que el síndico podría continuarlos si garantiza el interés del otro contratante. Constatar en Cervantes Ahumada (Raúl). Derecho de Quiebras. Editorial Herrero S.A., reimpresión de la tercera edición, México D.F. 1985, p. 61 y 202.

En caso contrario, deberá emprender un largo reclamo contra el concurso, luego de notificar al conciliador su intención de resolver el contrato.

Sección Segunda : Quiebra y Fideicomiso de garantía

La existencia de un concurso, podría tener implicaciones sobre la vida y gestión del fideicomiso. Ese tipo de contrato, hace nacer un patrimonio autónomo, por medio de un contrato bancario polifuncional y maleable.

A) Concepto genérico del fideicomiso

Es menester, antes de abordar el tema del fideicomiso de garantía, conocer algunas de las características más generales, de las que participa esa especie de interés.

1- Naturaleza jurídica

El fideicomiso es básicamente un acuerdo de voluntades por medio del cual una persona física o jurídica, llamada fideicomitente, traspasa a otra persona física o jurídica llamada fiduciario, bienes o derechos en propiedad fiduciaria, para que los administre a favor de una tercera persona física o jurídica, llamada fideicomisario o beneficiario.

El fideicomiso tiene sus características propias. Es un contrato mercantil. Encuentra regulación a partir del numeral 633 del Código de Comercio y eso lo hace típico. Es real. Requiere para su existencia y ejecución, el traspaso del patrimonio fideicometido, a manos del fiduciario. Requiere de formalidad. Para su validez, debe ser otorgado en documento privado o público escrito. En los casos en que el fideicomiso estará constituido, al menos en parte, por bienes inmuebles, deberá otorgarse

escritura pública ante notario y ésta se inscribirá en el Registro Público.

Algo muy importante, es su carácter de negocio fiduciario, *intuitae personae*. Se afirma tal cosa, porque se basa en la “consideración de la persona”. La confianza es un elemento básico para el acuerdo y ejecución del Fideicomiso. El fideicomitente entrega la titularidad de todos o algunos de sus bienes y derechos, a otro. En acto de confianza, los recibe para realizar con ellos el encargo pedido.

La finalidad del fideicomiso, sin duda alguna, es el punto medular de este tipo de contratos. Todas las actuaciones del fiduciario, deben estar encaminadas a alcanzarla. Para ello debe seguir las instrucciones que establece el fideicomitente en el pacto. El único límite que encuentra el cumplimiento del fin del fideicomiso, radica en la licitud. Toda actuación del fiduciario, debe estar apegada al ordenamiento jurídico y no puede ir en contra de éste. El fin debe ser lícito. Los fines del fideicomiso, entonces, pueden ser amplios y variados. En cierta manera, las metas que tenga el contrato, vienen a establecer las clases de fideicomisos que existen. Como se dirá, aquí interesa la finalidad de garantía.

2- Aspectos subjetivos y objetivos del fideicomiso

El fideicomiso, puede ser descompuesto en sus faceta subjetiva, es decir sus participantes y en una faceta objetiva, que atañe a lo que sucede con sus bienes.

a) Sujetos del fideicomiso

En el fideicomiso, intervienen al menos dos sujetos. Son el fideicomitente y el fiduciario.

La voluntad libremente expresada por ellos, hace posible que nazca el fideicomiso. Existe potencialmente un tercer elemento personal. Es el llamado fideicomisario o beneficiario. Puede darse que él no suscriba el pacto al momento de su otorgamiento. Lo importante es que la identidad de éste beneficiario sí esté definida como tal. La ley no prohíbe que el fideicomitente sea a la vez fiduciario. No obstante, sí está prohibido es que en una misma persona física o jurídica, se confunda la condición de fiduciario y fideicomisario, por el conflicto de intereses que ello podría generar, perjudicando así al fideicomitente (artículo 656 del Código de Comercio). La legislación mercantil, señala que el fideicomiso, en el cual el fideicomitente es a la vez fiduciario, se presume constituido en fraude de acreedores, salvo que se pruebe que el fideicomiso haya generado ganancias o frutos suficientes al fideicomisario como para enfrentar con ellos el pago de las deudas y que exista contenido patrimonial suficiente para responder. El Código de Comercio, también preceptúa, que en los casos en los que el fideicomiso se constituya para un fideicomisario persona jurídica, su duración no puede contemplar un plazo mayor de los treinta años, salvo los casos del Estado, o entidades públicas o privadas de beneficencia o sin afán de lucro.

El fideicomitente, es la persona física o jurídica que constituye el contrato y que traspasa bienes de su patrimonio, en propiedad fiduciaria al fiduciario, a fin de que se puedan cumplir los fines para los cuales se creó.

El fiduciario, es la persona jurídica a la cual se le traspasan los bienes en propiedad fiduciaria, por parte del fideicomitente. Debe administrarlos y con ello, cumplir lo fines establecidos en el contrato suscrito por las partes. Con respecto

al patrimonio fideicometido, el fiduciario asume las obligaciones de un buen padre de familia con bienes propios. Entre ese tipo de obligaciones, figuran:

- Cumplir con los fines del fideicomiso, dentro de los términos contractuales y de licitud que establece el ordenamiento jurídico.
- Guardar el secreto fiduciario.
- Contabilizar individualmente cada negocio fiduciario que tenga en sus manos, separando cada patrimonio fideicometido de su propio patrimonio y del patrimonio de las partes que intervienen en el fideicomiso.
- Rendir cuentas de su gestión como administrador y ejecutor del fideicomiso.
- Pagar los impuestos, tasas y otras cargas que pesen sobre los bienes fideicometidos.

El fideicomisario es otro de los sujetos del contrato, obligándose el fiduciario a entregarle, en el instante en que el pacto lo establezca, los frutos o bienes. Generalmente, se asimila el término fideicomisario con el de beneficiario. No obstante, tales vocablos no son sinónimos. Puede establecerse una diferencia entre ambos. Como ejemplo, puede servir el caso de un fideicomiso de titularización para otorgamiento de un crédito. Ahí, el fideicomisario, es el adquirente de títulos valores que ha colocado en el mercado; el fiduciario, capta los recursos y el beneficiario, es la persona a la cual se le otorga el crédito, por parte del fideicomiso.

b) Objeto del fideicomiso:

Puede consistir en cualquier clase de bienes muebles o inmuebles. Lo importante es que se encuentren dentro del comercio de los hombres, que tengan existencia y que su titular, tenga facultades de disposición sobre ellos.

Para que algún derecho incorporal pueda ser objeto del fideicomiso, debe ser de naturaleza meramente patrimonial y susceptible de valoración económica.

El traspaso de bienes que haga un fideicomitente al fideicomiso, equivale a que el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria con respecto a los mismos. Este es un tipo particular de propiedad, distinta a la concepción civil tradicional. Aún cuando el fiduciario tenga la condición de propietario, existe para él una limitación y es que no puede disponer libremente de los bienes, sino en la medida que lo autoricen los términos del contrato de fideicomiso. Los bienes que se convierten en propiedad fiduciaria llegan a adquirir especiales características.

Se vuelven en patrimonio autónomo. Ello quiere decir que queda separado del que tiene el fiduciario, el fideicomisario y el propio fideicomitente. De tal suerte, el patrimonio fideicometido, deviene en inembargable, por hechos atribuidos a las partes del contrato de fideicomiso. A esto hay que poner atención en la ejecución colectiva o quiebra. Este patrimonio, aunque de manera registral o contractual figure como entregado al fiduciario, es verdaderamente propiedad del fideicomiso mismo, considerado éste como entidad patrimonial autónoma. El fideicomiso no gozará de personalidad jurídica. Pero desde el punto de vista económico, cuenta con un haber patrimonial propio. Ese patrimonio, queda afecto al cumplimiento de un fin o fines específicos. Estos son establecidos por las partes en el pacto. El fideicomitente se los señala ahí al fiduciario. El fiduciario queda como el encargado de hacerlos cumplir.

B) Fideicomiso de garantía:

Es una categoría de fideicomiso que se constituye con el fin de adquirir una obligación crediticia²⁸.

28 París Rodríguez (Hernando). Los contratos privados en la jurisprudencia de Casación. El Cano Editores S.A., tercera edición, San José, 2003, pp. 180 y 181. Explica este jurista nacional: "En el fideicomiso en garantía el fideicomitente es deudor de otro sujeto por determinada suma de dinero u otra prestación. Como garantía de cumplimiento de la obligación, constituye fideicomiso por el cual transmite la propiedad de un bien determinado a un fiduciario, el cual, en caso de que el fideicomitente incumpla una obligación, se encargará de proceder al remate del bien o bienes fideicometidos, para pagar con el producto la indemnización correspondiente al acreedor". El autor deja en claro, que una cláusula estelar de estos sofisticados contratos, es la arbitral. Por los cuantiosísimos intereses que ahí se plasman, los empresarios y banqueros prefieren la celeridad que les da la justicia privada. Trae a colación el voto 005-F-2003 de la las 15:10 horas de 15 de enero de 2003, emanado de la Sala Primera. Ahí, queda reconfirmada la glosa hecha por el señor París.

Nace por voluntad de una persona física o jurídica que necesita ser deudor de un préstamo²⁹.

El fideicomitente toma la decisión de entregar los bienes a un fiduciario. También, procede a designar como fideicomisario a la o las personas que vayan a ser sus eventuales acreedores³⁰.

La especial finalidad de este tipo de negocio, consiste en que los acreedores del fideicomitente se garantizan que en caso de incumplimiento, el fiduciario va a liquidar los bienes que le entregó el fideicomitente. Con su producto, se pagará proporcionalmente todas las obligaciones que hayan quedado insolutas y que el patrimonio autónomo respalda³¹.

Cabe aclarar, que los bienes con los que cuenta el fideicomiso, se convierten en garantía o prenda común de los acreedores beneficiarios (principio de responsabilidad universal patrimonial del 981 del Código Civil de ese fideicomiso). El papel que asume el fiduciario, en ningún caso, será de fiador solidario ni avalista. Su rol se contrae a administrar el patrimonio y eventualmente liquidarlo si hay incumplimiento. El fiduciario, entonces, debe garantizar a los fideicomisarios-acreedores, que el patrimonio es existente y registrar su valor actualizado para efectos de una potencial liquidación. El fiduciario contrata valuadores profesionales que emiten certificados de garantía del precio, para probar su labor a los futuros compradores. Eso es una ventaja para el deudor. En vía judicial, es frecuente que

29 Según don Hernando París, la reforma al 648 del Código de Comercio, tuvo como fin dar sustento jurídico a una práctica de los bancos desde la década de los 80's. Quedó así el nuevo párrafo añadido por ley 7732-97: "Artículo 648 (...) Puede constituirse un fideicomiso sobre bienes o derechos en garantía de una obligación del fideicomitente con el fideicomisario. En tal caso, el fiduciario puede proceder a la venta o remate de los bienes en caso de incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato." Vid París Rodríguez, op. cit., p. 180.

30 Almazán Alanis (Pablo Roberto) y Acosta Romero (Miguel). Los Contratos de Fideicomiso y su relación con el Procedimiento Concursal de la Quiebra. En Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Tomo II. Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional. Editorial Ad Hoc SRL, Buenos Aires, 1997, pp. 372 y 373. Los mexicanos Almazán Alanis y Acosta Romero, sobre este tópico, brindan valiosas acotaciones. Dicen: "El hecho de que los bienes o derechos formen parte de un patrimonio autónomo, significa, para los acreditantes (fideicomisarios), una mayor seguridad, ya que dicho patrimonio no podrá ser gravado o enajenado nuevamente por el deudor, además de que el destino de esos bienes no podrá ser otro que el estrictamente señalado en el cuerpo del contrato. Se puede constituir un fideicomiso de garantía con toda clase de bienes o derechos: tanto para aquellos que se formalizan para garantizar operaciones de financiamiento, vía emisión de papel comercial, pagarés a mediano plazo o de certificados de participación, operaciones de factoraje, arrendamiento financiero y de crédito tradicional".

31 La sola referencia al fideicomiso de garantía, toca una fibra sensible. Aquella que reacciona al pensar en el temible pacto comisorio (421 del Código Civil y 536 del Código de Comercio). Rodríguez Azuero, disipa esos temores. Hace ver que el fideicomiso de garantía, en principio, no debiera implicar un mecanismo injusto para que el acreedor se apodere de los bienes, sin pasar por los Tribunales. Expresa que no se vulnera la indelegabilidad de la potestad pública de administrar justicia. Para él, al fiduciario no se le pone a juzgar una situación de controversia. Sino, simplemente debe constatar una sencilla circunstancia de hecho objetiva: que a una fecha cierta, el deudor fideicomitente no hizo pago de una suma. Sólo eso. Agrega, que así, no queda campo para ninguna calificación subjetiva. Como razones adicionales, expone que en forma deliberada y consciente, el deudor transfirió previamente sus bienes. Recalca el carácter dispositivo y patrimonial de ese acto. Añade que el derecho de defensa, tampoco sufre. Lo motiva, en la posibilidad de demandar la responsabilidad del fiduciario, si no se apegó a las instrucciones del contrato. Esto es síntesis de lo que apunta Rodríguez Azuero, op. cit., pp. 892 y 893.

el remate sea con bases por debajo de los valores venales.

La ventaja que este tipo de fideicomisos proporciona, es que las partes pueden contractualmente prever la forma de liquidar los bienes, sin que necesariamente deban acudir al trámite judicial de la vía de apremio o ejecución (juicio prendario o hipotecario), que puede ser engorroso, largo y perjudicial para las necesidades de financiación y cobro de todos los involucrados³².

C) Efectos de la quiebra sobre el fideicomiso de garantía

En los diversos ordenamientos iberoamericanos traídos a colación, la declaratoria del juicio universal puede acarrear efectos. A continuación, se hace un análisis de ellos, sin pretender que el inventario de supuestos, sea exhaustivo.

1- España

La Ley Concursal promulgada en 2003, dispone en su artículo 61 párrafo segundo:

“La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado

como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”.

Por su parte, en virtud de ese último reenvío, dice el ordinal 84 párrafo segundo, en referencia a los créditos de la masa:

“(...) los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso”.

a) Sobre el fiduciario

El fiduciario, será quien se encargue de la administración y ejecución del fideicomiso de garantía.

Su papel, es crucial. Sus talentos, fueron vistos por el fideicomitente, como motivo especial para encargarle tan delicada labor.

El negocio fiduciario, como se ha dicho hasta la saciedad, entraña confianza. Ese es el pilar que lo sostiene.

Si el fiduciario quiebra, toda su labor al mando de la administración de bienes, queda debilitada y en entredicho. Ello, se justifica en el desapoderamiento.

32 El fideicomiso de garantía, es un contrato de colaboración y cada parte adopta una posición proactiva. Así, previo al financiamiento, deben ser exhaustivos en el procedimiento de realización. Tienen que definir bien, el registro de beneficiarios, la forma de hacer futuros avalúos, la manera de sacar a venta los bienes, posibilidad de reducir progresivamente el precio de la oferta si no aparecen interesados, hipótesis y precios para que acreedor reciba el bien en pago de su crédito, etc. Ahí impera la autonomía de la voluntad y no hay fórmula exacta. Rodríguez Azuero, *op.cit.*, p. 894, recalca que no deben quedar resquicios a la calificación subjetiva del fiduciario.

De suyo, viene a ser que el órgano novedoso previsto en el artículo 26 de la Ley Concursal Española, es quien entra en la escena. Es la administración concursal, que está integrada por varios miembros³³. Así, las tareas que originalmente le encargó el fideicomitente, tal vez no puedan ser llevadas a cabo con el mismo encomio, conocimiento o astucia. Potencialmente, aunque se autorizara la continuación del negocio del fiduciario fallido, toda la situación vendría a variar. Puede ser muy improbable que ese órgano de plural composición, pueda llenar todas las exigencias de celo, diligencia en los negocios y discreción, originalmente deseados del fideicomitente.

Así, en los contratos intuitae personae, hay ruptura del principio general de no resolución ipso iure sostenido por Satta y predicado en el artículo 61 de la Ley Concursal Española de 2003.

Podría considerarse la aplicación del 62 de esa legislación novedosa, ya que el mismo concurso podría pedir la resolución del pacto de fideicomiso, por las razones apuntadas y por la inconveniencia de continuar con una labor delicada que le podría generar responsabilidades.

b) Sobre el fideicomitente

Hay que llamar la atención en un punto específico. El fideicomiso, viene a formar un patrimonio autónomo. En ese sentido, los

bienes afectados, no estarían dentro de la acervo patrimonial activo de la quiebra.

Habrían escapado, por un contrato que sólo podría ser cuestionado por las acciones concursales. Habrá que demostrar fraude del fideicomitente y que se hizo dentro del período de sospecha y la retroacción.

Mismo razonamiento, si el deudor lo instauró como un mecanismo paraconcursal para salvarse. En ese caso, tendría que haber ofrecido una solución aceptable a todos y cada uno de sus acreedores. En teoría, así nadie le reprocharía violación al *pars conditio creditorum*, en la vía correspondiente.

c) Sobre el beneficiario

Ante la quiebra del beneficiario, los frutos que vaya rindiendo el fideicomiso para él, van a entrar en forma directa al concurso, para favorecer a la masa.

Tal sería la solución que parece válida, mientras pueda presumirse que llene los requisitos para estar en esa condición. Es decir, desde la declaración (o antes, dependiendo del éxito de posibles acciones concursales) hasta antes de la rehabilitación.

Otra perspectiva, para el beneficiario, no atañe precisamente a su propia quiebra. Sino, a la del fideicomitente. La situación de éste último en materia de acciones de fraude y nulidad

33 Encinar Telles (José Luis). Sobre la supuesta necesidad de la figura del administrador concursal –acreedor en la nueva ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal. En XXV Jornadas de Estudio. El Nuevo Sistema Mercantil. Ministerio de Justicia Español, Madrid, 2003, p. 297. Se explica que en los artículos del 26 al 28, se desarrollo en la ley, un órgano de sindicatura de composición plural, diferente al régimen anterior. Ahora, tendría una composición heterogénea, con un abogado, un auditor de cuentas o economista titulado y un acreedor ordinario o con privilegio general no garantizado. Esa multiplicidad de caracteres extraños a conciliar, en un órgano ex novo o tertium genus como lo llama el autor, dificulta que se haga verosímil la continuidad de la confianza, propia del fiduciario.

concursales, va a determinar lo que pueda recibir el beneficiario.

2- Argentina

En ese país, el tema del fideicomiso, guarda una tradición similar a la costarricense, y ahí se respeta el carácter distinto de ese tipo de afectación patrimonial.

a) Sobre el fiduciario

En materia concursal, el artículo 147 de la ley 24522. Es el más importante para este caso, que involucra una relación jurídica preexistente. Se aplica la resolución ope legis, o de pleno derecho, en razón de la prestación que brinda el fiduciario. Su obligación, es de carácter personalísimo, debido al intuitae personae que entraña el fideicomiso en su gestión.

Indica: “Los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos, quedan resueltos por la quiebra. Los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición”. de fideicomiso, la ley 24441, contiene una disposición expresa, que resulta esclarecedora.

Por otro lado, en la nación sudamericana, rige la Ley 24441/95, que es la normativa para

fideicomisos. Ahí, como se hizo ver antes, se da crédito a la autonomía de esos patrimonios. Reza el artículo 14:

“(...) los bienes fideicometidos quedarán exentos de la acción singular o la colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicometidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude”.

Por su lado, el ordinal 16 indica:

“(...) 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 quiebra”.

Regresando al tema de la posibilidad de no resolver el negocio, hay una disposición interesante. El artículo 151 de la normativa argentina comentada, contiene una opción excepcional, que permitiría la continuidad de la actividad del fiduciario en desgracia. Sin embargo, como ya se ha dicho, es poco probable que el fideicomitente le de su confianza al síndico que desee seguir. Y en todo caso, ello representa un riesgo de gastos y de agravación de responsabilidades para los intereses del concurso³⁴.

34 Games (Luis María); Esparza (Gustavo). *Fideicomiso y Concursos. Introducción a un tema complejo y problemático*. Ediciones Depalma SRL, Buenos Aires, 1997, p. 55. Estos autores, ven la bondad de la decisión de continuar adelante con la gestión, como algo casuístico. No consideran que la resolución tenga un carácter absoluto.

b) Sobre el fideicomitente

Del texto invocado del artículo 14 de la ley 24441/ 95, se llega a una conclusión ya frecuente.

El fideicomiso, es un patrimonio aparte del que posee el fideicomitente. Al estar afectado a un fin específico, no puede ser atacado por la masa, porque es independiente.

Los bienes fideicomitados, se libran del desapoderamiento y la ley del dividendo, mientras mantengan esa condición.

El fideicomitente, transmite bienes a título fiduciario, que es distinto al oneroso o al gratuito. De ahí, que debe buscarse en la causa o finalidad del contrato de fideicomiso, a efectos de atacar su validez y eficacia.

c) Sobre el beneficiario

Al beneficiario, se le puede aplicar el artículo 15 de la ley 24441/95:

“Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos”.

En estos supuestos, una vez que el beneficiario recibe los bienes, no hay duda, que ellos pasan directamente a la masa, para favorecer a sus acreedores.

Igual sucede con los frutos que los bienes produzcan, conforme se le vayan entregando.

No obstante, se propone el caso de que el dominio fideicomitado, para regresar a manos del beneficiario, se halle sometido a condición por parte de este. Ahí, la doctrina propone que los acreedores ejerzan la acción oblicua para superar la inercia³⁵.

3- México

Corresponde hacer un breve comentario sobre algunas disposiciones de la Ley de Concursos Mercantiles Mexicana del 2000, en cuanto sean pertinentes al tema.

a) Sobre el fiduciario

La ley mexicana, no contiene una previsión expresa y diáfana para los casos en que quiebra el fiduciario o gestor del patrimonio autónomo.

Por supuesto que el fideicomiso, es un contrato en el que hay preminencia del elemento confianza.

De ahí que los pactos más afines, son los que involucran ese factor. Entre ellos, la comisión, el depósito y el mandato, por ejemplo.

A esos acuerdos, se les aplica los artículos 91 y 100 de la Ley de Concursos Mercantiles.

35 Mármol (Pablo Ernesto). El Fideicomiso y sus sujetos frente a la nueva Ley de Concursos y Quiebras. En Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Tomo II. Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional. Editorial Ad Hoc SRL, Buenos Aires, 1997, pp.355

Mediante esas normas, se permite al conciliador, continuarlos y no quedan resueltos, salvo que manifieste lo contrario³⁶.

Señala el numeral 100:

“Los contratos de depósito, de apertura de crédito, de comisión y de mandato, no quedarán resueltos por el concurso mercantil de una de las partes, salvo que el conciliador considere que deben darse por resueltos”.

En ese sentido, por involucrar la condición de *intuitae personae*, también, habrá que identificar al fideicomiso, con el régimen jurídico de esos pactos.

b) Sobre el fideicomitente

Como en otros sistemas, el fideicomitente ha creado un especial patrimonio de afectación.

El artículo 71 de la Ley de Concursos Mercantiles, señala que podrán separarse de la masa de bienes del concurso, los que estén en las situaciones ahí previstas, o análogas.

Y precisamente, una de ellas, es la del párrafo VII. Se hace referencia al caso del fideicomiso³⁷.

c) Sobre el beneficiario

El fideicomiso, puede cumplir el fin para el que fue constituido.

Si así fuere, su contenido patrimonial debe enrumbarse a un beneficiario en quiebra.

Interpretando a *contrariu sensu* el artículo 71 de la Ley de Concursos Mercantiles, una vez que salgan los bienes del fideicomiso, deberían pasar al pasar a la masa.

Ahí, los acreedores podrían satisfacerse y cobrar sus créditos de acuerdo a su privilegio.

Sección Tercera: Quiebra y Franquicia

Las franquicias comerciales, proporcionan múltiples ventajas y favorecen la creación de riqueza y la expansión de modelos empresariales. Empero, la falencia podría tocar las puertas de algunos de los sujetos que de ella participan. Amerita dar cuenta de los posibles efectos en ese penoso supuesto.

A) Naturaleza jurídica del Franchising

Marzorati indica que “es un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a un estricto control y asistencia técnica en forma continua.”³⁸

Flores Bedoya expresa que “es un contrato consensual, bilateral, oneroso y de ejecución continuada, cuya esencia es la colaboración

36 Roitman contrasta esa disposición mexicana, con el 147 de la Ley argentina. Ver su obra, a página 304.

37 Según los comentarios de Almazán y Acosta, parece que ese numeral 71 de la Ley de Concursos Mercantiles, quedó prácticamente igual al derogado 159 de la Ley de Suspensión de Pagos y Quiebras que ellos mencionan. Ver Almazán y Acosta, *op. cit.*, p 373.

38 Marzorati (Oswaldo). *Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 190..

empresarial con el fin de reproducir un negocio exitoso en las manos de un comerciante diferente de su titular pero con la asesoría permanente de éste durante la vigencia del contrato.”³⁹

Bernal Fuentes indica que “la franquicia aparece como un convenio entre un productor mayorista – Franquiciador- y un distribuidor –Franquiciado-, en virtud del cual el primero transmite a este último sus productos o servicios; así como un conjunto relativo a bienes de propiedad industrial –licencias de patente, marcas y demás signos distintivos, know how- asegurando la asistencia y la prestación de servicios necesaria para llevar a cabo la explotación de su empresa... como contraprestación, el franquiciado asume toda una serie de obligaciones correlativas, ente las que destaca el pago a aquél de una suma fija al inicio del contrato –derecho de entrada o entry free- y/ o cánones periódicos sobre la cifra de negocios durante la vida del mismo...”⁴⁰

B) Objeto y sujetos

El objeto de toda franquicia lo constituye la transmisión del “Know How”, “saber hacer” o “savoir faire” de los franceses.

Hay una transferencia de conocimientos técnicos, de índole confidencial. Pueden o no, ser patentados. Lo rescatable, es que ya han sido probados con éxito.

Deben ser adaptables a las condiciones del mercado. Deben asimismo, ser esenciales para la venta de mercadería o la oferta de servicios de manera efectiva, transmisible, reproducible. La idea es que sirvan para mejorar la posición de la empresa dentro del mercado.

En virtud del contrato, el sujeto franquiciante enseña al sujeto franquiciado las técnicas o métodos que desenvuelve para comercializar sus productos o prestar sus servicios y según los cuales el franquiciado deberá desempeñar sus actividades, siempre de acuerdo con las normas e instrucciones y sujeto a la supervisión y continua asistencia del franquiciante.

La mejor manera de entender el papel de los sujetos y quiénes son, se deduce a partir de sus atribuciones y deberes⁴¹.

El franquiciante debe:

- Autorizar el uso de una marca o derecho de propiedad intelectual exitoso.
- Proporcionar un sistema operativo de funcionamiento de la empresa, lo que normalmente se hace a través del manual de operación de la empresa.
- Garantizar la solución de cualquier problema referente a la comercialización de los productos y al uso de signos distintivos.

39 Flores Bedoya (Carolina). Patología del contrato de franquicia comercial. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1999, pp 46.

40 Fuentes Vargas (Bernal). El contrato de Franchising: el contrato de franquicia comercial. Primera Edición, San José, Costa Rica, IJSA, 1995, pp. 54.

41 Información sintetizada a partir de Barrenechea (Jon). Los contratos más utilizados en la empresa. Ediciones Deusto SA., cuarta edición, Bilbao, 1997, p. 198 a 200.

- Realizar las inversiones necesarias para mantener el “know how” de la empresa en condiciones óptimas y actualizadas para que mantenga su posición y reputación en el mercado.
- Mantener una política de precios que aseguren la entrada y continuidad del franquiciado en el mercado, así como capacidad de pago de las regalías.
- Indemnizar al franquiciado en caso de que reciba quejas imputables al franquiciante.
- Financiar o hacerse cargo de las actividades de publicidad y mercadeo, no obstante, en ocasiones son responsabilidad del franquiciado.
- En muchos casos, facilitar sistemas computados de mantenimiento y seguimiento de prácticas contables o de comercialización.
- Respetar la exclusividad otorgada y velar porque se cumpla sin intromisiones de terceros.

El franquiciado, por su parte debe:

- Correr con el riesgo de la empresa, toda vez que es quien realiza la inversión para poner en funcionamiento la empresa.
- Adquirir el inmueble y los equipos necesarios para operar.
- Aprovisionar una cantidad de productos mínima, que deberá mantener durante el plazo del

contrato y que normalmente se encontrará preestablecida de manera contractual.

- Pagar una suma fija por adquirir la franquicia, una regalía mensual que se calcula con base en sus ingresos, y, un derecho de uso de los signos distintivos.
- Actuar dentro de los límites territoriales concedidos.
- Estar sujeto al control y fiscalización por parte del franquiciante.
- Respetar las instrucciones sobre producción, comercialización y administración,
- así como estándares de calidad, imagen o precio indicados por el franquiciante.

C) Efectos de la quiebra sobre el franchising

Corresponde conocer los alcances del proceso concursal, sobre un contrato caracterizado por un lazo intenso entre los contratantes. Como se verá, la legislación mexicana le pone menos freno a la posibilidad de seguir con el negocio del quebrado.

1- España

En este sistema, a no dudarlo, hay que tener muy en cuenta la letra del 62 de la Ley Concursal española. Será menester considerar los intereses de las partes y del concurso, para deducir el incidente concursal de resolución. Como se insistirá, el principio

de continuidad del contrato, puede ceder en este tipo de pacto.

a) Sobre el franquiciante

El elemento intuitae personae de este pacto, tiene una prevalencia enorme. Como contrato de colaboración, no hay duda que hay una relación de simbiosis e interdependencia maximizada.

La asistencia para montar el contexto empresarial, el saber, el mantenimiento y las reglas para dar servicios o producir, son una atribución personalísima del quebrado. Víctima del desapoderamiento, es muy difícil que un órgano de administración concursal colectivo, pueda hacer lo mismo por el franquiciado.

Todo indica, que la confianza perdida, será determinante para acabar el pacto.

b) Sobre el franquiciado

Las razones que atañen a la condición personal del sujeto que da la prestación, es de muchísimo peso.

La lógica indica que ningún comerciante exitoso, estaría fácilmente dispuesto a continuar con un franquiciado que podría estropear su prestigio comercial. La idea de estar quebrado, podría asociarse negativamente con la marca y hacer creer que toda la franquicia está en ese estado.

Será el Juez español, en vía incidental, quien decida que tanto conviene seguir, para los intereses de ambas partes.

2- Argentina

El criterio casi unánime, le pone fin al negocio que celebran las partes y que queda pendiente de ejecución.⁴²

a) Sobre el franquiciante

Los razonamientos son exactamente los mismos para el Derecho Argentino. Pero como se dijo, el 147 de la Ley 24522, no le pone coto en forma absoluta, a la posibilidad de la continuación del negocio.

Es un aspecto casuístico.

b) Sobre el franquiciado

La quiebra del franquiciado, es un evento funesto. Si se opta por continuar con el negocio, en el sistema argentino, ya habría pasado incluso el período de exclusividad del deudor.

Probablemente, ya se habrían agotado los ruegos para conseguir un convenio. Dudosamente, el franquiciante aceptará luego de esa etapa preventiva y ya habría aceptado la posibilidad de los trastornos para recuperar sus royalties. .

3- México

En este sistema, conforme al artículo 100 de la Ley de Concursos Mercantiles, será el síndico quien haga un análisis de la situación. La ley mexicana, le otorga un ámbito de discrecional al respecto, para que actúe en el mejor interés de las partes.

⁴² Ver Roitman, *op. cit.*, pp. 565 a 569.

a) Sobre el franquiciante

El plan de negocios que él ofreció al franquiciado, habría fracasado rotundamente. Desde la llegada del visitador, habrían saltado a la vista los problemas de incapacidad generalizada de pagos.

Conforme al 79 de la Ley mexicana, ya el conciliador habría tenido la oportunidad de cerrar o continuar la empresa del ahora fallido y en etapa liquidatoria, sería dudoso que él o los interventores vayan a cambiar de opinión.

De todos modos, entre partes, la confianza habría quedado socavada.

b) Sobre el franquiciado

En líneas precedentes, se hizo referencia al carácter intuitae personae de este contrato de franchising. De ahí, que el good will del negocio del franquiciante y todos sus bienes inmateriales, corren riesgo, si el conciliador opta por dar una oportunidad más de seguir el negocio y dar una liquidación más honrosa.

Empero, lo que se desprende del artículo 100 de la Ley de Concursos Mercantiles, es el deseo del legislador, de mantener la empresa del comerciante, en operación. Será la opinión calificada del conciliador, la que venga a cambiar esa idea.

CONCLUSIONES

- Las relaciones jurídicas preexistentes son negocios perfeccionados antes de la declaratoria de quiebra.
- Están basadas primordialmente en la existencia de contratos de naturaleza

sinalgmática, con ventajas y desventajas compartidas por las partes.

- Presuponen que la prestación contenida en la obligación a honrar, no ha sido cumplida íntegra o totalmente por alguna de las partes. La pendencia o no realización, es su estado característico.
- Como regla general, pero no absoluta, la quiebra no resuelve con carácter ipso iure, los contratos.
- Los negocios, antes de la sentencia de falencia, deben ser perfectos, pero aún no concluidos.
- El negocio, cuando se decida su culminación, tiene efectos extraconcursales, más allá de la vida efímera de la quiebra.
- El desapoderamiento de los deudores, los pone en situación de inhabilitación y embargo colectivo de bienes a favor de la masa. Sólo el curador puede administrarlos, incluyendo lo que se derive de las relaciones jurídicas preexistentes.
- El contratante in bonis, es el sujeto que puede reclamar o intentar que el quebrado le cumpla la prestación del contrato afectado y suspendido por la quiebra.
- En Costa Rica, sólo se cuenta con el régimen de situaciones jurídicas preexistentes que sienta el 912 del Código Civil. Es muy general, no tiene desarrollo normativo para contratos concretos con figuras atípicas y complejas. Además, carece de plazos de cumplimiento de los actos que propenden a la continuidad o resolución de los negocios.

- El curador debe abordar a la multiplicidad de acreedores, a fin de recoger su voluntad y expresar si acepta la continuación de los negocios.
- Los negocios preexistentes que no pueden ser cumplidos por el concurso, se resuelven en obligaciones de daños y perjuicios a favor del contratante in bonis. En Costa Rica, no hay una vía procesal específica y célere para liquidarlos.
- Para determinar el derecho que tendrá el contratante in bonis involucrado en un leasing financiero, resulta indispensable determinar la etapa del negocio complejo en que se dio la declaratoria de quiebra.
- En España, el nuevo régimen concursal del 2003, convierte en acreedor con privilegios, al dador del leasing financiero.
- En Argentina, el leasing financiero y sus supuestos de concurso, cuenta con una ley especial que ha sido criticada por la dispersión normativa que provoca.
- En México, el contratante in bonis de leasing financiero, queda en dependencia de la decisión de la figura del conciliador instaurado por la nueva ley del 2000.
- El fideicomiso de garantía es un contrato típico en Costa Rica, para lograr financiamiento empresarial. No necesariamente implica la existencia de pacto comisorio. Sus cláusulas, no deben dejar resquicios para la subjetividad del fiduciario y deben permitir que sólo constante circunstancias objetivas como el no pago de las obligaciones. El procedimiento de ejecución, debe ir perfectamente detallado, con la lista de beneficiarios y un avalúo preciso de los bienes objeto del patrimonio autónomo.
- En todos los sistemas iberoamericanos tratados, se respeta la afectación del patrimonio a título fiducia o de confianza. La quiebra del fiduciario, provoca la resolución del pacto por el elemento intuitu personae del fideicomiso.
- La quiebra del beneficiario, provoca en todos los sistemas, que los bienes objeto de la afectación y sus frutos, pasen a la masa.
- La quiebra del fideicomitente, en los regímenes concursales tratados, implica que no se pueden atacar los bienes fideicometidos para un fin vigente, porque es un patrimonio autónomo y sin personalidad jurídica.
- La quiebra del franquiciado o el franquiciante, barre con el elemento confianza, la prestación personalísima del know how y el prestigio mercantil de cualquiera de las partes. Como regla general, el contrato de franchising queda destinado a la resolución. Es difícil que la parte in bonis o el concurso, se interesen por la continuación del negocio.

BIBLIOGRAFÍA

1. Argeri (Saúl). Manual de Concursos. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983.
2. Almazán Alanis (Pablo Roberto) y Acosta Romero (Miguel). Los Contratos de Fideicomiso y su relación con el Procedimiento Concursal de la Quiebra. En Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Tomo II. Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional. Editorial Ad Hoc SRL, Buenos Aires, 1997.
3. Alterini (Atilio Anibal) Derecho Comercial Contemporáneo. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá 1989.
4. Barreira Delfino (Eduardo) "Leasing". Aspectos Jurídicos Contables. Impositivos y operativos. Ed. Cangallo S.A. C.I., Buenos Aires, Argentina, 1978.
5. Barrenechea (Jon). Los contratos más utilizados en la empresa. Ediciones Deusto SA., cuarta edición, Bilbao, 1997.
6. Baudrit Carrillo (Diego), Teoría General del Contrato. Derecho Civil IV. Volumen I. Editorial Juricentro, tercera edición, San José, 2000.
7. Candelario Macías (Isabel). Impresiones sobre los Efectos de la Declaración del Concurso a la vista de la futura Ley Concursal. En Revista de Derecho Privado , julio-agosto, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2003.
8. Cervantes Ahumada (Raúl). Derecho de Quiebras. Editorial Herrero S.A., reimpresión de la tercera edición, México D.F. 1985.
9. Chomer (Héctor). Efectos derivados del desapoderamiento. En Instituciones de Derecho Concursal. Buenos Aires, Ad Hoc S.R.L., 1992.
10. Dávalos Mejía (Carlos). Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Editorial Harla SA de CV, México D.F., 1984.
11. Encinar Telles (José Luis). Sobre la supuesta necesidad de la figura del administrador concursal –acreedor en la nueva ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal. En XXV Jornadas de Estudio. El Nuevo Sistema Mercantil. Ministerio de Justicia Español, Madrid, 2003.
12. Flores Bedoya (Carolina). Patología del contrato de franquicia comercial. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1999.

13. Fuentes Vargas (Bernal). El contrato de Franchising: el contrato de franquicia comercial. Primera Edición, San José, Costa Rica, IJSA, 1995.
14. Games (Luis María); Esparza (Gustavo). Fideicomiso y Concursos. Introducción a un tema complejo y problemático. Ediciones Depalma SRL, Buenos Aires, 1997.
15. Garrigues, (Joaquín). Curso de Derecho Mercantil. Bogotá, Editorial Temis S.A., séptima edición, tomo V, 1987.
16. Gherzi (Carlos). Contratos Civiles y Comerciales. Partes general y especial. Tomo 2. Editorial Astrea SRL, Quinta edición, Buenos Aires, 2002
17. Jinesta (Ernesto). Contrato de leasing financiero. Revista Judicial, número 55, San José, 1992.
18. Ley de Concursos Mercantiles. Actualizada. Ediciones Delma SA de CV, México D.F, 2006
19. López Frías, Ana. Los Contratos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1994.
20. Mármol (Pablo Ernesto). El Fideicomiso y sus sujetos frente a la nueva Ley de Concursos y Quiebras. En Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Tomo II. Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional. Editorial Ad Hoc SRL, Buenos Aires, 1997.
21. Marzorati (Oswaldo). Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
22. Pacheco Cañete (Matilde). Naturaleza Jurídica del Leasing Financiero. Reflexiones a la luz de la Ley Concursal. En Revista de Derecho Mercantil , número 252, abril-junio, Consejo de Redacción, Madrid, 2004.
23. París Rodríguez (Hernando). Los contratos privados en la jurisprudencia de Casación. El Cano Editores S.A., tercera edición, San José, 2003.
24. Provinciali (Renzo). Tratado de Derecho de Quiebra. Editorial AHR, tercera edición, volumen II, Barcelona, 1958.
25. Rodríguez Azuero (Sergio). Contratos Bancarios. Su significación en América Latina,. Legis Editores S.A., quinta edición, Bogotá, 2002.

26. Roitman (Horacio). Efectos de la Quiebra sobre los Contratos Preexistentes. Rubinzal-Culzoni Editores. Segunda edición, Buenos Aires, 2005.
27. Satta (Salvatore). Instituciones del Derecho de Quiebra., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América S.A., tercera edición, 1951.
28. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto n° 005-F-2003 de la las 15:10 horas de 15 de enero de 2003.