

Insolvencia del Fideicomiso Ordinario: Régimen actual y modificaciones propuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Mariano Mayer

I. Introducción [arriba] -

Mucho se ha escrito, y ya existen varios precedentes judiciales, acerca de algunas cuestiones controvertidas del fideicomiso con relación a la insolvencia, y las posibles afectaciones a la par conditio creditorum, a saber: i) si el acreedor beneficiario a favor de quién se establece el fideicomiso en garantía, puede a su vez ser fiduciario (en definitiva la posibilidad del acreedor de apropiarse de los bienes de la garantía); ii) la necesidad del fiduciario de denunciar la existencia del fideicomiso en garantía, frente al concurso del fiduciante; iii) en el mismo supuesto, la necesidad del acreedor beneficiario de verificar su crédito; iv) en tal caso, el carácter en que debería verificar su crédito, es decir, privilegiado o quirografario, firme o condicional, etc.; v) si se aplican efectos novatorios del acuerdo concursal; y vi) si el juez podría suspender la ejecución de la garantía, u otorgar medidas cautelares al respecto.

Sin embargo, existe otro supuesto de insolvencia relacionado con el fideicomiso, que también plantea interrogantes (ya que su regulación es insuficiente y confusa), y sobre el que creemos que falta aun bastante desarrollo, que es el caso del fideicomiso frente a la situación de insolvencia ... del mismo fideicomiso.

El 8 de Junio de 2012 ingresó en el Congreso de la Nación (Expte. 57/12), con algunas modificaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo Nacional, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante el “Proyecto”) redactado por la Comisión de Reformas designada por el Decreto 191/2011, integrada por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, y Aida Kemelmajer de Carlucci,

El Proyecto ha incluido la regulación de la figura del fideicomiso dentro del Nuevo Código Civil y Comercial, copiando en gran parte a la Ley N° 24.441 (Adla, LV-A, 296) de “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción” (la “LDF”), pero introduciendo algunas modificaciones, en particular referidas al tema que nos convoca, que nos proponemos analizar en este trabajo.

II. Inconvenientes del régimen actual de la LDF [arriba] -

A. Introducción.

El art. 16 de la LDF establece que los bienes del fiduciario no responderán por las “obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso”, las que sólo serán satisfechas con los “bienes fideicomitados”. Y que la “insuficiencia de los bienes fideicomitados” para

atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, “no dará lugar a la declaración de su quiebra”, sino que en tal supuesto, “y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra”. Aunque finalmente establece que si se tratase de un fideicomiso financiero “regirán en lo pertinente las normas del artículo 24” (que más adelante veremos).

Dicha regulación es sumamente incompleta, ya que genera, entre otros, los inconvenientes que se detallan a continuación.

B. El Presupuesto Objetivo.

En primer lugar, parece ser impreciso (o incorrecto) la referencia a la insuficiencia de los “bienes fideicomitados”, ya que en realidad debió haberse referido a la insuficiencia del “patrimonio fideicomitado”, incluyendo activos y pasivos, en una visión dinámica del mismo (su flujo de fondos).

Y en segundo lugar, la doctrina[1] ha cuestionado el concepto de “insuficiencia”, por impreciso (y estático), considerando que debió haberse hecho referencia al “estado de cesación de pagos” establecido por el art. 1 de la Ley N° 24.522 de Concursos y Quiebras (la “LCQ”) como presupuesto objetivo para la apertura de los concursos regulados por la misma.

Es importante señalar que la importancia de definir un presupuesto objetivo de “escasez de recursos” para la aplicación del régimen de concurrencia de acreedores, radica en que en virtud de dicho régimen el principio del “primero en el tiempo mejor en el derecho” deja su lugar al principio de la “par conditio creditorum”, es decir de la “concurrencia”, o de la “comunidad de pérdidas”, que de alguna manera perjudica al acreedor más rápido o diligente y le quita discrecionalidad al deudor en el manejo de su patrimonio[2].

Debe destacarse que el concepto de “cesación de pagos” (originado para el sistema concursal de la quiebra) cuenta con un extenso desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y pareciera ser un concepto lo suficientemente amplio como para incluir todos los supuestos de escasez.

Por lo tanto, en el caso del fideicomiso pareciera ser lo más práctico y razonable asimilar el presupuesto objetivo de la “insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso” establecido por la LDF, al de la “cesación de pagos” establecido en la LCQ, ya que en definitiva se refiere a la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones exigibles con el flujo de fondos disponible.

De todas maneras, se presenta el problema de a criterio de quién se determinará que el fideicomiso se encuentra en situación de “insuficiencia de los bienes fideicomitados” para atender a las “obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso”.

Es decir, ¿sería discrecional del fiduciario, o éste no sería el más indicado (porque podría llevar las cosas demasiado lejos)? ¿O podría requerirlo un acreedor?

Al respecto LISOPRAWSKI[3] considera que “el Fiduciario es el responsable de poner a la luz la insuficiencia, por su propia iniciativa o a requerimiento de las partes del contrato, e incluso terceros como lo son los acreedores. Aunque “como los terceros acreedores tampoco pueden peticionar la quiebra del fideicomiso insolvente, deben sujetarse a la voluntad del Fiduciario que –por imperio de la ley– es el liquidador del patrimonio fideicomitado”. Por lo tanto los acreedores “deberán accionar a través de otras vías que proporciona el sistema en general: la ejecución individual, con un destino incierto frente a la debacle del patrimonio u otras vías judiciales imaginables de protección, que eviten el agravamiento de la insolvencia, y no pasen por la ejecución colectiva”. De todas maneras, el autor considera que “en caso que el Fiduciario no ejerciera sus obligaciones sobre este particular, con la consecuente responsabilidad (Arts. 6, ley 24.441 y 1109, Cód. Civ.), las partes podrán solicitar autorización al juez a fin de ejercer las acciones en sustitución de aquél (Art. 18, ley 24.441)”.

En cualquier caso, ¿debe el fiduciario notificar a los acreedores que el fideicomiso se encuentra en cesación de pagos? La norma no lo establece, aunque entendemos que sería lo más razonable. De ser así, ¿cuándo debería hacerlo?, ¿antes o después de la venta de los activos?, ¿bajo qué forma?, ¿mediante edictos?

C. Prohibición de la declaración de quiebra. Implicancias.

El siguiente interrogante que surge es sobre la consecuencia establecida para la existencia del presupuesto objetivo, con relación a qué el mismo “no dará lugar a la declaración de quiebra”.

¿Quiere decir que no puede aplicarse la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras (la “LCQ”) a los fideicomisos, con lo cual no serían “concurables”? ¿La exclusión sería en su totalidad o sólo con relación a la quiebra, con lo cual podría abrirse su concurso preventivo?

Dicha interpretación pareciera reforzarse con la LCQ, la cual en su art. 2 no incluye a los fideicomisos dentro de los sujetos comprendidos que puede ser declarados en concurso, ya que sólo se refiere a las personas de existencia visible e ideal, a las sucesiones, y los deudores domiciliados en el extranjero respecto de los bienes existentes en el país. Y asimismo establece que no serán susceptibles de concurso las “personas” reguladas por ciertas leyes, y las excluidas por leyes especiales.

Por lo tanto de la interpretación armónica de ambas normas, parecería estar bastante claro que la respuesta a la pregunta sobre la concursabilidad de un fideicomiso debe ser negativa, es decir, que un fideicomiso no sería susceptible de concurso (preventivo o quiebra).

Para GAMES - ESPARZA[4], en una postura bastante crítica sobre la forma en que ha sido legislado este supuesto, sería posible la presentación del fideicomiso en concurso preventivo, basado en que: (i) no corresponde que la insolvencia sea regulada en una norma general (como la LDF), sino por una ley específica (como la LCQ); (ii) al respecto, las exclusiones por leyes especiales que hace la ley LCQ se refieren sólo a personas jurídicas, y en consecuencia no al fideicomiso que carece de personalidad, máxime cuando según ellos no existen motivos conceptuales y/o legales para su exclusión; (iii) aun considerando la LDF, la misma es vaga e insuficiente, y además solo establece que la insolvencia no dará lugar a la declaración de quiebra, pero nada establece sobre el concurso preventivo; (iv) aceptada la posibilidad de presentarse en concurso preventivo, si esta fracasa, la consecuencia lógica sería la declaración de quiebra; (v) lo establecido con respecto a que no “dará lugar a la declaración de su quiebra”, solo implicaría que no podría declararse la quiebra por pedido de un acreedor, pero no obstaría a que la quiebra se declare por pedido del fiduciario.

Sin embargo, y más allá de lo interesante o creativo de los argumentos, la postura detallada precedentemente es minoritaria, mientras que la postura mayoritaria, encabezada por KIPER - LISOPRAWSKI[5], no admite que el fideicomiso sea susceptible de concurso, basado en que: (i) la ley específica no incluye al fideicomiso, y el argumento sobre la no aplicación al fideicomiso de las excepciones por leyes especiales no corre, ya que siendo susceptibles de concurso únicamente las personas, es lógico que las excepciones sólo se refieran a ellas; (ii) el art. 16 de la LDF establece una prohibición categórica en cuanto a la posibilidad de declarar la quiebra de un fideicomiso; y (iii) si se permitiera la presentación en concurso preventivo, la consecuencia lógica de su fracaso sería la quiebra, lo que entraría en franca contradicción con la prohibición al respecto.

Los pocos antecedentes judiciales hasta el momento parecen confirmar la postura sobre la no concursabilidad del fideicomiso.

El primer fallo fue dictado el 3.04.2009 por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en la causa "Fideicomiso South Link Logistics s/Pedido de Quiebra por Embal System SRL".

En dicho caso el acreedor Embal System SRL solicitó la quiebra de su deudor, el Fideicomiso South Link Logistics, por cuanto sostuvo que el mismo se encontraría en estado de cesación de pagos, y requirió a título de pretensión subsidiaria que se definiera el trámite que debía seguir a sus efectos. La demanda fue desestimada in limine por el Juez de Grado, y el fallo fue confirmado por la Cámara[6], quien sostuvo que “no puede soslayarse que la ley específica que regula esta materia establece con absoluta claridad que el patrimonio fideicomitado no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia, se trate de un fideicomiso común o financiero.”

Al fallo de la Sala A lo siguió el fallo “Fideicomiso Ordinario Fidag s/Liquidación Judicial”[7], de la Sala E de la misma Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que de alguna manera ratifica la idea de la no concursabilidad del fideicomiso.

En dicho caso, la fiduciaria de un fideicomiso en garantía (cuyo activo estaba compuesto por una cartera de créditos de consumo en gestión de cobro), solicitó la liquidación judicial del mismo, basado en el art. 16 de la LDF. El Juez de Grado tuvo por desistida la presentación por no haberse fundado en derecho. El fallo de Cámara revocó el de primera instancia, argumentando que “si bien el art. 16 de la Ley 24.441 prevé que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos no dará lugar a la declaración de quiebra” (dando por supuesto que no puede acceder al sistema concursal de la LDQ), sí establece un proceso liquidatorio, que el juez por el principio “iura novit curia” debe aplicar, ya que “el objeto de la pretensión fue expuesto en términos claros y precisos: se pidió la liquidación judicial de un fideicomiso”.

Por último, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 dictó el fallo “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial”[8].

En dicho caso, se trataba de un fideicomiso inmobiliario, en virtud del cual una obra social (de personal jerárquico) transfirió un inmueble de su propiedad a una sociedad fiduciaria (desarrolladora), a fin de que la misma construyera un edificio en el mismo y comercializara las unidades funcionales resultantes. En virtud de la quiebra posterior de la desarrolladora, ante la imposibilidad de continuar las obras y la imposibilidad de obtener información relevante por parte de la fallida, el fiduciario sustituto designado por la obra social solicitó que se decrete la liquidación judicial del fideicomiso.

El Juez de Grado adhirió a lo resuelto en los fallos precedentes, explicando que “el legislador quiso que esa liquidación -a cargo del fiduciario- se desarrollara fuera del ámbito judicial del concurso preventivo o la quiebra”.

D. Instancia pre-liquidatoria.

En consecuencia, suponiendo que no puede aplicarse la LCQ, debe determinarse qué normativa sería aplicable a la liquidación de un fideicomiso.

En tal sentido, el art. 16 de la LDF continúa diciendo que “a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales”, deberá procederse con la liquidación del fideicomiso.

Por lo tanto la liquidación parecería no ser la consecuencia inmediata de una situación de “insuficiencia”, sino que podría establecerse, en el contrato de fideicomiso, la posibilidad del fiduciante o al beneficiario de realizar nuevos aportes para superar dicha situación.

Suponiendo que en el contrato no se hubiera establecido dicha posibilidad, cabe la pregunta sobre si el fiduciario podría o debería notificar al fiduciante y/o beneficiario la existencia de una situación de “insuficiencia”, intimándolo a realizar “otros aportes”, bajo apercibimiento de proceder a la liquidación del fideicomiso. Y en cualquier caso, si en el marco de dicho

requerimiento del fiduciario a los fiduciantes y/ o beneficiarios, no podría acordarse algún otro tipo de acción o medida para superar la situación de “insuficiencia”.

Al respecto ORELLE[9] expresó que el requerimiento de otros aportes a los fiduciantes y/o beneficiarios, “no debería limitársela al caso de estar previsto en el contrato, pues resulta posible, que frente a tal situación, y sin mediar previsión contractual, igualmente la carencia sea provista”; es decir, “debería intentar un análisis de la situación, con la participación necesaria del fiduciante y de los beneficiarios, pues bien podría obtenerse un ajuste de los fines, y se salvaría la consecución del contrato”.

Al respecto JOULIÁ[10] considera que el aviso a los fiduciantes y beneficiarios deberá hacerse siempre, y mediante notificación expresa y fehaciente, “porque el término “según” (previsiones contractuales) es una preposición que si bien expresa conformidad con algo, no es un adverbio de negación”. Y ello “tanto para beneficio de los notificados que entonces podrían con sus medios posibilitar la continuidad normal del fideicomiso, como para el fiduciario en protección de sus responsabilidades”.

Con respecto a las previsiones contractuales, la autonomía de la voluntad tiene plena vigencia, y podrán establecerse diversos mecanismos para intentar reestructurar las deudas con los acreedores, obtener aportes adicionales de los fiduciantes, o combinaciones de los mismos. Incluso podría precisarse el presupuesto objetivo de “escasez” o “insuficiencia” que deba dar comienzo a dichos mecanismo, y las consecuencias del fracaso de dichos mecanismos, es decir la liquidación.

En ese sentido, si bien no podría pactarse la aplicación directa de la LCQ, porque de lo contrario sería muy sencillo violar la prohibición previamente desarrollada, sí podría pactarse la aplicación subsidiaria (y en principio parcial), como procedimiento de negociación con los acreedores.

La limitación estaría dada por la imposibilidad de obligar a los acreedores que no participen del procedimiento, es decir, no se producirían los efectos frente a terceros de la apertura de un concurso preventivo, ni les serían aplicable a los terceros los acuerdos alcanzados con los acreedores.

LISOPRAWSKI[11] considera que podrían establecerse en el contrato de fideicomiso (dentro de ciertos límites) las “reglas para la liquidación de los bienes —incluyendo la intervención judicial— o para la distribución entre los acreedores del producido, siempre que no se altere a través de ellas el orden de los privilegios establecido para la quiebra”, aunque el mismo no podría ser oponible a los “acreedores del fideicomiso que no lo hayan aceptado expresamente”.

Es decir, no podría aplicarse el sistema establecido por la LCQ para el Acuerdo Preventivo Extrajudicial y el Concurso Preventivo, en virtud del cual “las mayorías obligan a las minorías que deben aceptar las quitas o esperas aprobadas y por ello deben conformarse con un cumplimiento relativo de sus acreencias”[12].

E. Liquidación Judicial o Extrajudicial.

El art. 16 de la LDF continúa diciendo que a falta de dichas “previsiones contractuales”, se “procederá a su liquidación” (del fideicomiso).

Pero no se indica si, más allá de que en principio la liquidación debería ser extrajudicial, podría solicitarse, por el fiduciario o por el fiduciante y/o beneficiario, la liquidación o control judicial de la misma.

F. El Liquidador.

Continúa el mencionado artículo diciendo que la liquidación estará “a cargo del fiduciario”, lo que plantea el problema de si podría designarse un liquidador distinto del fiduciario, por previsiones contractuales o por decisión judicial a requerimiento de los fiduciantes y/ o beneficiarios. Porque como veremos a continuación, algunos autores consideran que sería poco aconsejable que el fiduciario sea juez y parte, al poder resolver la liquidación y tener a su cargo la misma, en la cual incluso probablemente sea acreedor. El potencial conflicto de interés es claro.

El problema además es que en caso de “liquidación forzosa” no se podría solicitar la remoción del fiduciario, ya que la misma solo está prevista para el caso de quiebra o liquidación del fiduciario, no del patrimonio fideicomitado.

En consecuencia, “supongamos que un Fiduciario condujo negligentemente la administración del Fideicomiso, que se comportó como “un mal hombre de negocios”, pero aun así decide permanecer y no renunciar, si el contrato lo autoriza, o bien debe permanecer porque el contrato no prevé la posibilidad de renuncia. Salvo que alguna de las partes del fideicomiso accionen judicialmente su remoción, por la causal de incumplimiento, ese Fiduciario teóricamente continuará su función aun cuando fuere el artífice del desmadre. Permanecerá como liquidador -un enemigo- hasta la sentencia de remoción, salvo que alguna medida cautelar lo desplace”[13].

G. El proceso de venta y liquidación.

Con respecto al proceso de liquidación, el citado artículo establece que el fiduciario deberá “enajenar los bienes que integren el patrimonio fideicomitado”, sin mayores precisiones.

Por ello no está claro qué proceso debería seguirse para la liquidación, puesto que en la norma no se detallan plazos o criterios de venta. Tampoco si el fiduciario deberá proceder a la venta de los bienes en subasta pública, o a través de una venta privada. Máxime

considerando que “restringir la liquidación a esa única alternativa es un despropósito, porque no siempre puede ser la vía más conveniente a los intereses en juego”[14].

En cualquier caso, parecería razonable que el fiduciario goce de un margen de maniobra para elegir el momento oportuno de vender, de acuerdo a los valores de mercado. Aunque ello también implicaría un riesgo, ya que “ocurrida la cesación de pagos del “fideicomiso” el Fiduciario puede seguir disponiendo de los bienes fideicomitidos, perjudicando aun más a los acreedores que ni siquiera tendrán el remedio del sistema de las ineficacias que provee el régimen de la quiebra (Arts. 118, 119 y ss., LCyQ). No habrá posibilidad de recomponer el patrimonio a través de ese régimen sino por medio de las acciones de derecho común (por ejemplo, la pauliana)”[15].

Por lo tanto, suele mencionarse que frente a la “insuficiencia” el fiduciario no debe demorarse en la liquidación, intentando por ejemplo arribar a un acuerdo con los acreedores, ya que dicha dilación podría agravar la situación del patrimonio fideicomitado, de lo cual sería responsable (por culpa o dolo).

H. Entrega del producido a los acreedores.

Finalmente el art. 16 de la LDF establece que el fiduciario deberá “entregar el producido (de la liquidación) a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra”.

Ello plantea diversos interrogantes. ¿Debe realizarse un inventario previo, es decir una suerte de “verificación de créditos”? ¿Quién decidirá sobre la legitimidad de los mismos? ¿Podría un acreedor “cuestionar” el crédito de otro acreedor?

Además ¿Debe aplicarse la par conditio creditorum sin más, o se permiten matices? Por ejemplo, ¿debería hacerse alguna diferencia con los acreedores laborales?

A ello se suma la situación de aquellas obligaciones aun no vencidas. ¿Debería aplicarse el art. 572 del Código Civil, que establece que “el deudor constituido en insolvencia” no puede “reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación”? Es decir, ¿deberían darse por vencidos todos los plazos? En ese sentido ¿debería aplicarse (aunque sea analógicamente) el art. 128 de la LCQ y considerarse “vencidas de pleno derecho” a las “obligaciones del fallido pendientes de plazo”?

MAFFÍA[16] explica que la nota del art. 572 del Código Civil “reconoce su fuente: el art. 1188 del Cód. francés, según el cual “el deudor no puede reclamar el beneficio del plazo cuando ha quebrado, o cuando por su conducta ha disminuido las garantías que había otorgado por el contrato”. Y señala como diferencia importante el hecho que el Código Francés también contempla (además de la quiebra) el supuesto de cuando por la conducta del deudor “hubieran disminuido las garantías que había otorgado por el contrato a su acreedor”, relacionado con lo previsto en el art. 37 de la ley francesa de 1967 que establecía que “la sentencia que ordena el arreglo judicial o la liquidación de bienes hace exigibles, respecto

del deudor, las deudas no vencidas”. Y concluye el autor que para él “era necesaria una prescripción legal explícita para que la caducidad de los plazos, inherente a la quiebra, se aplicara también en el arreglo judicial, de alguna manera asimilable a nuestro concurso preventivo”.

Al respecto MAFFÍA[17] considera que si bien la caducidad de los plazos no está prevista expresamente para el concurso preventivo sino sólo para la quiebra (a su criterio por error), debería igualmente aplicarse por (i) aplicación de la segunda parte del art. 128 de la LCQ, que establece una deducción de intereses por el pago anticipado, es decir una detracción que compense las ventajas que pudieran obtenerse por la caducidad del plazo, que debería aplicarse analógicamente para el caso del concurso preventivo; y (ii) porque de lo contrario se afectaría la par conditio creditorum, al poder obtener un acreedor una ventaja por el no vencimiento de sus plazos.

Suponiendo que se aplica el art. 572 del Código Civil y deban darse por vencidos los plazos, ¿exactamente en qué fecha se consideraría que se ha producido la insolvencia del fideicomiso?

¿Podría el fiduciario realizar/adelantar pagos?

¿Podrían a su vez los acreedores considerar vencidos los plazos de las obligaciones en virtud del art. 753 del Código Civil (“el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores”), o de la aplicación analógica del art. 128 de la LCQ?

Finalmente, ¿deberían hacerse distribuciones parciales (provisionales) y definitivas? ¿Debería hacerse alguna reserva para acreedores “tardíos” o para aquellos cuyos créditos hayan sido cuestionados en su legitimidad?

I. Falta de Control.

La problemática referida a la designación del liquidador, y a la incertidumbre acerca de la posibilidad o no de requerir la liquidación judicial, se relaciona el fondo con la aparente falta de control del proceso liquidatorio, máxime teniendo en cuenta que la norma no prevé la designación de un síndico o figura similar, ni tampoco el control por parte de, y entre, los mismos acreedores.

J. Situación del fiduciario. Responsabilidad. Renuncia.

Los problemas descriptos precedentemente llevan a decir a LISOPRAWSKI que “la situación de liquidador no es envidiable”, ya que las obligaciones mencionadas (de determinar el presupuesto objetivo y hacer las veces de liquidador), “van de la mano con un factor de atribución de responsabilidad”. Y aun “suponiendo que él no provocó la situación de

insolvencia”, deberá continuar en esa “situación desgraciada, conduciendo una liquidación que nadie sabe a ciencia cierta cómo debe hacerse”, quedando expuesto “al riesgo de responsabilidad personal, frente a las partes y los terceros acreedores, por estar actuando en un contexto donde no hay reglas claras que lo cubran”[18].

Tan “incómoda” es la situación, que tampoco el Fiduciario podría renunciar libremente, salvo que dicho supuesto esté expresamente previsto en el contrato de fideicomiso, en cuyo caso la renuncia sólo tendría efectos a partir de la transferencia del patrimonio fideicomitado al fiduciario sustituto, en caso que de que éste exista y acepte. Ahora bien, podría suceder que no se hubiese designado inicialmente un fiduciario sustituto, o que el mismo no hubiese aceptado el cargo. En tal caso, el art. 10 de la LDF prevé que “el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19”, es decir, una entidad “especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero”. Pero como bien señala LISOPRAWski, “cuesta imaginar que un Banco acepte buenamente hacerse cargo de un fideicomiso en ruina, con conflictos de toda especie y hasta con patrimonio negativo”[19].

K. Necesidad de complementar la norma

A los problemas detallados precedentemente TON[20] agrega los siguientes: ausencia de disposiciones que prohíban la enajenación de bienes por parte del fiduciario (una “inhibición al patrimonio del deudor para disponer de sus bienes”, como existe en la quiebra); no se suspenden las acciones de contenido patrimonial (por lo tanto los acreedores mientras “se está decidiendo la forma de liquidar los bienes fideicomitados podrán agredirlos y seguir adelante con sus acciones”); no se indica nada sobre la suspensión de los intereses; falta de previsión con respecto a las ejecuciones privadas (que pueden “hace desaparecer el patrimonio en el iter de su liquidación”); falta de previsión con respecto a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes.

De lo cual se concluye que la norma es claramente insuficiente.

Pero más allá de sugerir cambios a la legislación de lege ferenda, hasta tanto ello no suceda resulta necesario analizar la posibilidad de completar la regulación específica de la LDF, mediante la aplicación analógica de otras normas y/o procedimientos, para poder resolver los casos que se presenten hoy en día.

Es importante aclarar que como bien explica LISOPRAWski, la tarea no será sencilla, que la LDF “padece de orfandad de elementos o pautas objetivas que nos permitan recurrir linealmente a la analogía con otros institutos donde la liquidación de patrimonios se halla presente. En la praxis el riesgo que se corre es el de la arbitrariedad, ya sea que el Fiduciario decida el procedimiento o en los decisorios donde los jueces intenten integrar la laguna existente, para suplir el vacío legal”[21].

Aunque por otro lado el autor señala que si bien cada uno de los sistemas “obedece a institutos distintos”, la analogía se justifica ya que en última instancia cualquier sistemas

liquidatorio “tiende a un objetivo común a todas las situaciones: liquidar un activo para cancelar el pasivo y distribuir el remanente, si lo hubiere, entre los derecho habientes”.

III. Aplicación supletoria o subsidiaria de otros sistemas [arriba] -

A. Aplicación del Sistema del fideicomiso financiero (interpretación intra-sistémica)

En primer lugar podrían analizarse los principios generales que pudieran inferirse de la misma ley, ya que existen ciertas disposiciones en la LDF referidas a la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero.

Según el art. 23 de la LDF, en caso de “insuficiencia”, y a faltas de previsiones contractuales, el fiduciario deberá citar a una “asamblea de tenedores de títulos de deuda”, la que deberá ser notificada por edictos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación en la zona del domicilio del fiduciario, y deberá celebrarse “dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación”, con el propósito de que dicha asamblea “resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio”.

Y según el art. 24 de la LDF, dichas “normas” podrán prever: “(a) La transferencia del patrimonio fideicomitado como unidad a otra sociedad de igual giro; (b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales; (c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso; (d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado; (e) La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman; (f) Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado”.

Asimismo se establece el quórum para la constitución de la asamblea, la actuación para representación, y las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en la misma.

Si bien no serían directamente aplicables la totalidad de las disposiciones de los artículos mencionados precedentemente, podrían completar bastante la escasa regulación del art. 16, sin desnaturalizar su contenido, como se detalla a continuación.

Combinando el art. 16 y la aplicación analógica del art. 23, el fiduciario podría (¿o debería?) convocar al/los fiduciante/s y/o beneficiario/s a una asamblea o reunión, notificándolos del estado de “insuficiencia”, a efectos de que el/los mismo/s resuelva/n la provisión de “otros recursos” (o la adopción de medidas) a fin de sanear el patrimonio fideicomitado, o en su defecto se “procederá a su liquidación”, debiendo disponerse las “normas de administración y liquidación” del mismo.

En tal caso, dichas normas podrán prever, entre otras, la “transferencia del patrimonio fideicomitado como unidad a otra sociedad de igual giro”; la “continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso”; la “forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado”; la “designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman”, que podrá ser el fiduciario o no.

Sin embargo, en cualquier de dichas alternativas de liquidación, debería tenerse presente el “orden de privilegios previstos para la quiebra”.

Dichas decisiones deberán aprobarse conforme al quórum y las mayorías establecidos en el contrato, o en su defecto por aplicación analógica de lo establecido en el art. 24 in fine de la LDF.

Es decir, con respecto al quórum, en primera convocatoria “la asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes” los beneficiarios que representen “como mínimo dos terceras partes del capital emitido”. Si no hubiese quórum en la primera citación “se deberá citar a una nueva asamblea la cual deberá celebrarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada”, la que se considerará válida con los beneficiarios “que se encuentren presentes”.

Y con respecto a las mayorías, “los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable” de los beneficiarios que representen “a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido”, salvo en aquellas cuestiones que se consideren más gravosas, donde la mayoría debería ser “de dos terceras partes (2/3)” del capital emitido.

Al respecto, LISOPRAWSKI[22] ha dicho que en realidad los procesos de liquidación establecidas por la LDF son de dos especies solo “en apariencia”, porque no ve una “diferencia substancial, respecto de los terceros interesados, entre la liquidación de un modestísimo Fideicomiso ordinario y un Fideicomiso financiero (Arts.19, 23 y 24 de la LF), autorizado por la CNV para la oferta pública”. En consecuencia, en ambos casos, “al no autorizar la ley el concurso y la quiebra, los terceros acreedores del fiduciario (en relación al patrimonio separado del Fideicomiso) se encontrarán –al final del camino– con el enigmático procedimiento de liquidación “extrajudicial” establecido en el último párrafo del Art. 16 de la citada ley”. Y ello porque ni siquiera el “robusto andamiaje de las Normas de la CNV” podría imponer “las estipulaciones de la convención fiduciaria “urbi et orbi”” en un caso de insuficiencia o cesación de pagos; en concreto “a los terceros acreedores que no se sometieron –o deban someterse– al contrato de Fideicomiso Financiero, ni conformaron con su voluntad las decisiones de una asamblea de tenedores de títulos de deuda (y/o certificados de participación aunque la ley no la contemple)”.

Tal es así, que a menos que la Asamblea de Beneficiarios resuelva el saneamiento del patrimonio fideicomitado o establezca un proceso de liquidación que sea aceptado, el fideicomiso financiero tampoco podrá escaparse de las complicaciones que afecta al fideicomiso ordinario con relación al sistema concursal aplicable.

De todas maneras, en tanto no se impongan decisiones a los terceros acreedores, debería poder aplicarse el procedimiento de convocatoria a los fiduciantes, (i) como instancia previa a la liquidación y (ii) a fin de intentar fijar algunas pautas para la misma en caso que no obtengan aportes adicionales de dichos fiduciantes.

Incluso si se diera intervención a un juez, el mismo podría realizar dicha convocatoria en forma previa a disponer la liquidación.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina no se inclina por la aplicación analógica de las disposiciones relativas al fideicomiso financiero, por considerarlas improcedentes o insuficientes, y más bien se inclina por la aplicación de las normas relativas a otros procesos de liquidación.

B. Aplicación de los procedimientos liquidatorios del Cód. Civ. y C.P.C.C.N.

Suelen mencionarse además como posibles procedimientos aplicables a la liquidación del fideicomiso, ciertos procedimientos establecidos en el Código Civil (“CC”) (como por ejemplo la partición hereditaria, la división de condominio, o la disolución de la sociedad conyugal), o en los Códigos Procesales Civil y Comercial (“CPCCN”) (como por ejemplo la división de cosas comunes, o la división de herencia), los que a continuación se detallarán sucintamente.

A poco que se analice estos procesos se verá que poco podría aplicarse para el caso bajo análisis, salvo en el caso del proceso sucesorio en el cual existen ciertos elementos cuya aplicación, salvando las distancias, podría ser aplicable para completar el proceso de liquidación del fideicomiso, tales como: la posibilidad de un proceso extrajudicial (parcial), el llamado a los interesados y la acreditación de los mismos, la declaración de herederos acreditados, la designación de un administrador que deberá rendir cuentas, la realización de un inventario (por un inventariador designado al efecto) y de un avalúo (por peritos designados al efecto), que serán puestos a consideración de los interesados y podrán ser observados y eventualmente resueltos por el juez, y finalmente la formulación de una partición (por un partidor designado), discutida con los interesados, que también podrá ser observada y eventualmente resuelta por el juez.

C. Aplicación del Sistema de la Ley 1N° 9.550 de Sociedades Comerciales

El procedimiento para la liquidación de sociedades comerciales se encuentra establecido en la Sección XIII (arts. 101 a 112) de la Ley 19.550 (“LSC”).

En presupuesto objetivo de la liquidación es la disolución de la sociedad (o el “estado de liquidación”), que según el art. 94 de la LSC produce: por decisión de los socios; por expiración del término por el cual se constituyó; por cumplimiento de la condición a la que

se subordinó su existencia; por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; por pérdida del capital social; por declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o concordado resolutorio; por su fusión en los términos del artículo 82 de la LSC; por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres (3) meses. En este lapso el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas; por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones. La disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los 60 (sesenta) días, de acuerdo con el artículo 244, cuarto párrafo, de la LSC; o por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto.

Salvo casos especiales o estipulación en contrario en los Estatutos, la liquidación estará a cargo del órgano de administración. En su defecto, el liquidador será designado por los socios por mayoría, en el plazo de 30 (treinta) días de haber entrado la sociedad en estado de liquidación, o en última instancia el juez a pedido de cualquiera de los socios. En cualquier caso, el nombramiento del liquidador debe inscribirse en el Registro Público de Comercio. De la misma manera, el liquidador puede ser removido por los socios por la misma mayoría, o con justa causa por el juez a pedido de un socio o del síndico.

En virtud del art. 103 de la LSC, el liquidador deberá confeccionar dentro del plazo de 30 (treinta) días de haber asumido su cargo (prorrogable hasta 120 días por los socios por mayoría), un “inventario y balance de patrimonio social”, que deberá ser puesto a disposición de los socios, bajo apercibimiento de ser removido, pérdida de sus honorarios, y responsabilidad por daños y perjuicios. Asimismo, el liquidador deberá informar periódicamente a los socios sobre el estado de liquidación, en forma trimestral. Y si la liquidación se extendiere por más de un año, deberá confeccionar balances anuales.

Según el art. 105, el liquidador estará facultado para “celebrar todos los actos necesarios para la realización del activo y cancelación del pasivo”, aunque sujeto a las instrucciones de los socios. Podrán realizarse distribuciones parciales si todas las obligaciones sociales estuvieren suficientemente garantizadas, debiendo publicarse el acuerdo de contribución parcial en la misma forma y con los mismos efectos que el acuerdo de reducción de capital.

Se aplicarán al liquidador las normas de responsabilidad establecidas para los administradores.

Una vez extinguido la totalidad del pasivo social, el liquidador deberá confeccionar un balance final y proyecto de distribución, y comunicar el mismo a los socios, quienes tendrán un plazo de 15 (quince) días para impugnarlos, y eventualmente un plazo de 60 (sesenta) días para promover la correspondiente acción judicial. En el caso de las sociedades del 299 inc. 2) de la LSC y las sociedades anónimas, el balance final deberá ser suscripto por el síndico y aprobado por los socios, en cuyo caso podrán ser impugnados por los socios disidentes o ausentes, en el plazo mencionado contado a partir de la asamblea. En cualquier caso, una vez aprobado el balance final y proyecto de distribución, el mismo será ejecutado y agregado en el legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio.

De acuerdo a lo explicado precedentemente, no parecería ser un procedimiento aplicable a la liquidación del fideicomiso por insolvencia, más allá de existir algunos elementos que podrían ser tenidos en cuenta, como ser el mecanismo de designación del liquidador, la confección de un inventario y balance en un determinado plazo, la confección de un balance final y proyecto de distribución en un determinado plazo, y las posibilidades de impugnarlos incluso judicialmente.

D. Aplicación del Sistema de la LCQ.

El problema de aplicar cualquiera de los procedimientos detallados anteriormente, es que ninguno está pensado para supuestos de insolvencia.

Por ello, la postura más fuerte es claramente la de aplicación subsidiaria del procedimiento establecido en la LCQ, lo cual se vio reflejado en las “Primeras Jornadas Argentino Uruguayas - Sociedades Comerciales y Fideicomisos”, celebradas en la Ciudad de Colonia el 3 y 4 de Octubre de 2011, donde “muchas de las ponencias tratadas fueron en relación a este tema, con una intención clara por parte de la Doctrina de hacer sujeto susceptible de la ley 24.522 al Fideicomiso. Criterio, por ejemplo, respaldado a viva voz por el actual Presidente del Instituto Argentino de Derecho Comercial en la reunión del Instituto llevada a cabo el 25/10/2011 y que fue el prelude de este Trabajo”[23].

FIGUEROA[24] señala que en caso “los acreedores accionaren contra los bienes afectados, no se debe descartar la posibilidad de las siguientes situaciones: (i) que el administrador se viera con dificultades para realizar los bienes afectados, por medidas cautelares que obtuvieran los acreedores en forma individual, (ii) que quienes accionaran primero subastaran los bienes afectados y el fideicomisario no llegara a tiempo para impedir la acción judicial”.

Para dichos supuestos, y basado en el “axioma de “la aplicación analógica del derecho”, el autor sostiene que “se podría recurrir en forma sumaria al proceso de verificación que establece la Sección III, Capítulo III, Título II de la ley 24.522, ya sea por decisión del fideicomisario, o en los supuestos que se tuviera dificultad para llevar adelante el proceso de realización y distribución”, sobre todo considerando que “la ley 24.441 se remite en forma subsidiaria a la ley 24.522”.

De esa manera, se podría cumplir “en su totalidad el principio de igualdad entre los acreedores, desechando toda posibilidad de que se incluyeran acreencias que no fueran auténticas, como así también que todos los acreedores controlaran las acreencias generadas contra el patrimonio de afectación”. Y además, el administrador “quedaría totalmente respaldado por resolución judicial en cuanto a los importes a distribuir, con la posibilidad de que el magistrado actuante pudiera declararse competente y disponer el levantamiento de las molestias que perturbaran el cometido de lo dispuesto en el art. 16 de la ley concursal”.

Y el autor cita en su apoyo, como legislación análoga vigente, a lo establecido en los arts. 50 y 52 de la ley de seguros 20.091, en los cuales se establece que “cuando el interés de los asegurados lo requiere, la autoridad de control podrá pedir la liquidación judicial, en donde deberán verificar las acreencias los interesados bajo el mecanismo dispuesto en el art. 32 de la ley concursal, y posteriormente la distribución, conforme lo establece el régimen de la ley de concursos y quiebra”.

E. Aplicación de un Sistema Mixto entre LSC y LCQ

En línea con lo propuesto por la propuesta de FIGUEROA referida precedentemente, LISOPRAWSKI señala la propuesta de MOLINA SANDOVAL[25] de establecer una suerte de sistema mixto entre el Sistema de la LSC y el Sistema de la LCQ, de manera tal de “encaminar la liquidación por medio de la normativa societaria (arts. 101 y ss., LSC), pero respetando de manera armónica algunos principios típicamente concursales, tales como la universalidad, la igualdad de los acreedores y la necesidad de una etapa de insinuación de los créditos a la manera de la LCyQ”[26].

KIPER - LISOPRAWSKI[27] reseñan este sistema “ad hoc”, que propone en primer lugar realizar una convocatoria a los acreedores y verificación de sus créditos en los términos y de la LCQ, y luego de ello proceder con la liquidación del patrimonio fideicomitido y distribución del resultado conforme a la LSC, es decir, con un “adecuado régimen de publicidad (anotaciones registrales, edictos, etc.), dando cuenta de la calidad de liquidador del fiduciario y del estado de liquidación forzosa del fideicomiso”. Y durante la liquidación, “el fiduciario debería informar a los interesados por medio de inventarios y balances, estado de la liquidación, etc.”

Con respecto a la venta de los bienes fideicomitidos, LISOPRAWSKI[28] explica que el sistema mixto “se propone asimilarla a las vías previstas en la ley concursal (arts. 204, inc. 1, 2 y 3 de la LCyQ): en conjunto, en forma singular, etc., con sujeción al control judicial”. Y una vez concluidas las mismas, “debería presentarse un balance final y el proyecto de distribución de fondos de acuerdo al orden de privilegios establecido en la LCyQ (art. 16, Ley 24.441), si hubiere un remanente, previa autorización del Juez que interviene en la liquidación, el que asimismo debería fiscalizar la distribución siguiendo el fiduciario – a la manera del Síndico de la quiebra– las pautas concursales que establece el art. 218, de la LCyQ”.

Si bien el autor citado reconocer la propuesta de sistema mixto “abre muchos interrogantes”, la misma “no deja de ser atendible”, ya que en definitiva “algo es mejor que nada”.

F. Jurisprudencia.

Por su parte la Jurisprudencia no ha tomado una postura completa al respecto, aunque sí se nota una tendencia a la “judicialización de los procesos”[29], como se detalla a continuación.

En este sentido, el fallo “Fideicomiso South Logistics” no estableció pauta alguna al respecto, sino tan solo que el fideicomiso “no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia”. Y frente a la pretensión subsidiaria de encausar el proceso en la “liquidación del fideicomiso”, el Tribunal afirmó que “el hecho de haberse optado por la vía del pedido de quiebra, que es un trámite específico y puntual con consecuencias también específicamente regladas por la ley, obsta a la transformación pretendida, cuando existe una clara disposición legal que veda puntualmente la quiebra del fideicomiso”.

Sí avanza un poco más el fallo “Fideicomiso Ordinario Fidag”, en el cual atento a que “el contrato de fideicomiso base del negocio objeto de autos no contuvo previsiones sobre la forma que se debe llevar a cabo la liquidación”, el Tribunal entendió que “no se aprecia óbice para que el fiduciario solicite -como sucede aquí- que ese procedimiento se lleve a cabo judicialmente. Por el contrario, ello evita dejar en sus exclusivas manos la oportunidad y forma de liquidación, con lo que se otorga una tutela adicional a los acreedores, cuyos intereses se verán resguardados por tal medida, dados los conflictos que previsiblemente se derivarán de la insolvencia de los bienes fideicomitidos. Así, pues, frente a la decisión del propio fiduciario, júzgase procedente la vía judicial elegida para la liquidación del fideicomiso”. Sin embargo, la Cámara no da mayores precisiones al respecto, sino que simplemente resolvió que “se admitirán entonces los agravios y se encomendará al magistrado que establezca las pautas y normativa aplicable al proceso”.

Finalmente, el fallo “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96”, en el cual “si bien las partes celebrantes del fideicomiso acordaron que la liquidación estaría a cargo del fiduciario, no establecieron ni las formas ni el procedimiento en que la misma debería llevarse a cabo”, el Tribunal resolvió que “frente a la ausencia de normativa específica sobre el particular, se dispondrá la aplicación analógica de las normas de la ley de sociedades comerciales y de concursos y quiebras que mejor se adecuan a la naturaleza del instituto del fideicomiso. Es decir, se dispondrá su liquidación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 101 y siguientes de la ley 19.550, como seguidamente se detallará. Sin perjuicio de ello, estimase adecuado a los fines de garantizar la protección de los derechos de los acreedores y beneficiarios, disponer la fijación de un plazo a fin de que concurren al domicilio del liquidador para hacer valer su condición de tales (analógicamente arts. 32 y siguientes de la ley 24.522)”. Y a dichos efectos, además de decretar la liquidación judicial, el Tribunal estableció las siguientes pautas:

(a) Liquidador. Con relación a quién debería tener a su cargo la liquidación, consideró que si bien el contrato de fideicomiso establecía que debía ser realizada por el fiduciario, “no puede dejar de ponerse de relieve que ha sido el propio fiduciario/liquidador, quien ha resaltado la necesidad de instar el servicio de justicia para proceder en forma adecuada a la liquidación del fideicomiso. Ello, fundado en las circunstancias antes referidas, esto es, la ausencia de previsión contractual sobre las modalidades de la liquidación, y los inconvenientes que afectaron el normal funcionamiento del fideicomiso, atribuidos fundamentalmente a las inconductas y situación falencial de la anterior fiduciaria (...)” (una sociedad a quien se había decretado su quiebra, y en consecuencia se había designado un nuevo fiduciario en su reemplazo). “Ello amerita, en aras de posibilitar un adecuado control jurisdiccional que garantice la debida protección de los intereses de los acreedores y beneficiarios, así como los de los demás sujetos involucrados en este proceso, la designación

de un "co-liquidador" quien juntamente con el fiduciario deberán llevar a cabo la tarea de venta del activo y cancelación del pasivo fiduciarios".

(b) Inhibición General de Bienes. Decretó la "inhibición general de bienes del fideicomiso" a cuyo fin ordena librarse los despachos del caso a los registros pertinentes"

(c) Verificación de créditos. Estableció una suerte de proceso de verificación de créditos, a cuyos efectos fijó una fecha máxima "hasta la cual los acreedores deberán presentar los títulos justificativos de sus créditos en el domicilio de los liquidadores (arg. art. 32 ley 24.522)", e hizo saber a los liquidadores que en determinada fecha debían "presentar en autos un dictamen fundado con acerca de la pertinencia de los créditos que hubieran solicitado reconocimiento".

(d) Inventario. Dispuso que se libren "mandamientos de constatación a los inmuebles objeto del fideicomiso", y "los despachos del caso a fin de que se acompañen en autos los títulos de propiedad de los inmuebles objeto del fideicomiso" (los activos más importantes del patrimonio fideicomitado), a fin de proveer "lo que corresponda en relación a la subasta de los mismos".

(e) Notificaciones y Publicaciones. Ordenó que se comunique la liquidación judicial al "fiduciante y fideicomisario", y ordenó publicar "edictos por cinco días en el Boletín Oficial y en Clarín".

G. Breve opinión

En primer lugar es importante aclarar que la LDF no carece de un sistema concursal, sino que el mismo está insuficientemente regulado, de manera tal que lo que resulta necesario es "complementar" el sistema establecido, y no "reemplazarlo" por otro.

Y en segundo lugar, debe señalarse que no solo debe completarse el "procedimiento" del sistema, sino también algunas cuestiones de fondo.

La regulación de fondo común a todos los sistemas concursales pareciera ser la siguiente: frente a la escasez y la imposibilidad de pagar a todos lo que corresponde, debe realizarse un análisis de situación de activos y pasivos (verificando créditos y deudas), y pagar lo que se pueda, tratando a todos los acreedores por igual (aplicando el concepto constitucional de "igualdad").

Por lo tanto dichos principios generales de la insolvencia deben aplicarse por más que no surjan claros del art. 16 de la LDF.

Con respecto a que procedimiento aplicar en forma subsidiaria o complementaria, en primer lugar deberían poder aplicarse las disposiciones de la LDF con relación a la insolvencia del fideicomiso financiero, sobre todo en cuanto a la necesidad de convocar a los fiduciantes en forma previa a dar inicio a la liquidación.

Si bien los procedimientos liquidatorios establecidos en el CC y el CPCCN tienen algunas pautas interesantes (que tienen alguna relación con los principios generales mencionados precedentemente), su principal limitante es que no están pensados para supuestos de insolvencia.

Y con respecto al sistema mixto entre LSC y LCQ, si bien es el que resulta más interesante, lo cierto es que tendría poco sustento legal y sería más bien un procedimiento establecido por el fiduciario discrecionalmente; por lo tanto susceptible de ser cuestionado por los acreedores y/ o los fiduciantes y beneficiarios.

Por lo tanto el procedimiento más indicado o el que más se acerca al procedimiento establecido en la LDF, es el establecido por la LCQ (que salvo excepciones, es no es derecho de fondo sino de forma).

El problema es que hay algunas cuestiones que no parece estar claro si son derecho concursal de fondo o de forma, a saber: el derecho del acreedor de solicitar el inicio del procedimiento, y el derecho del acreedor y/o del deudor a solicitar la intervención judicial en procedimiento.

En cualquier caso, creo que ambos supuestos deben aplicarse.

Por un lado, el acreedor debería poder solicitar el inicio del procedimiento establecido en el art. 16 de la LDF para el supuesto de insolvencia, porque de lo contrario se podría caer en una denegación de justicia.

Por otro lado, el acreedor y/o el deudor deberían poder solicitar que la liquidación se realice judicialmente. Y en el caso del acreedor, debería poder solicitar la remoción del fiduciario como liquidador.

Incluso lo más conveniente pareciera ser directamente la obligatoriedad de la liquidación judicial, ya que: (i) como se ha visto no correspondería que el fiduciario/liquidador sea juez y parte; (ii) es muy probable que existan cuestionamientos (por parte de los acreedores o los fiduciantes y beneficiarios) al sistema concursal o de liquidación que elija o determine el fiduciario; y (iii) es muy probable que existan problemas o cuestionamientos entre las partes durante el proceso, con lo cual casi inevitablemente en algún momento se solicitará la intervención del juez.

Aunque tampoco asegura que los acreedores y/o los fiduciantes y beneficiarios no vayan a cuestionar también el procedimiento o sistema establecido “pretorianamente” por el juez, o las resoluciones que se adopten durante el mismo.

IV. El proyecto [arriba] -

En los Fundamentos del Proyecto[30], redactados por la Comisión de Reformas mencionada en la introducción, se establece con respecto al Fideicomiso que la propuesta se basa “en el texto del Proyecto de 1998”, posterior a la LDF, el cual oportunamente propuso la “incorporación de la figura al Código unificado, sistematizó las normas de la ley y propuso la modificación de algunos aspectos que a la fecha de su redacción la doctrina había marcado como necesarios”.

También se menciona que a criterio de la Comisión de Reformas, “el régimen vigente no merece cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación, y demostró eficiencia en su aplicación”.

Por ello manifiestan que se ha seguido el Proyecto del 1998, “in perjuicio de mejoras en aspectos de redacción que entendemos deben ser realizados, y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcan como necesarios”; siendo en el caso de la insolvencia, el siguiente: “se determina que la liquidación del fideicomiso por su insolvencia se realizará por vía judicial”.

Los fundamentos del Poder Ejecutivo nada agregan al respecto.

La insolvencia del Fideicomiso Ordinario se encuentra regulada en el Proyecto en el art. 1687 (que reemplazaría al art. 16 de la LDF, con algunas modificaciones), el cual establece que “la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente” (el resaltado es nuestro).

Vemos entonces que no solo se ha establecido la liquidación judicial (es decir, no estará más a cargo del fiduciario), sino que también se ha indicado la aplicación subsidiaria la LCQ para la fijación del “procedimiento” de la liquidación, por parte del juez.

De todas maneras, consideramos que de aprobarse la redacción propuesta quedarían fuera de la misma algunos aspectos desarrollados a lo largo de este trabajo, que han sido señalados como problemáticos o insuficientes por parte de la doctrina y la jurisprudencia, a saber: (i) mantiene el concepto de “insuficiencia de los bienes”, que como se ha visto no es claro (podría habérselo reemplazado por el de “cesación de pagos”); (ii) no establece claramente la obligatoriedad de convocatoria a los fiduciantes para realizar nuevos aportes;

(iii) mantiene la imposibilidad de “dar lugar a la quiebra” (para algunos lo mejor hubiese sido directamente aplicar la LCQ); (iv) no prohíbe ni autoriza expresamente la solicitud y apertura del concurso preventivo (para zanjar definitivamente la cuestión); (v) no aclara si la liquidación podría ser solicitada por un acreedor o solo por el fiduciario, ya que solo menciona que “procede su liquidación”; (vi) no aclara qué sucede con las obligaciones no vencidas; (vii) no establece pautas para la liquidación (efectos sobre las obligaciones, etc.); y (viii) seguramente se presentarán diversas cuestiones en las que no estará claro que “sea pertinente” o no la aplicación de la LCQ.

Es importante señalar que se establece la aplicación de la LCQ para fijar el “procedimiento” (derecho de “forma”), para nada establece con respecto a las normas de derecho de “fondo” de la mencionada ley.

La redacción propuesta es un avance, y zanja algunas cuestiones, pero creemos que sería conveniente que se aproveche la oportunidad para resolver también el resto de los inconvenientes, que de lo contrario continuarán presentes en caso de aprobarse el texto del Proyecto tal cual está.

[1] Cfr. LISOPRAWISKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, Suplemento del 4/08/2010, 1.

[2] Un análisis más amplio sobre este punto puede verse en nuestra tesis final para optar al título de Magister en Derecho Empresario, Facultad de Derecho, Universidad Austral (mayo de 2012). Un ejemplar de la misma se encuentra disponible para su lectura en la Biblioteca Central de dicha Universidad

[3] LISOPRAWISKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, Suplemento del 4/08/2010

[4] GAMES, Luis M. - ESPARZA, Gustavo, Fideicomiso y Concursos, Buenos Aires, 1997, p. 36 y ss.

[5] KIPER, Claudio M. - LISOPRAWISKI, Silvio V., Tratado de Fideicomiso, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 437.

[6] CNCom., Sala A, “Fideicomiso South Link Logistics I s/pedido de quiebra promovido por Embal System S.R.L.” (Exp. 68118/2008), 03-04-09, La Ley Online AR/JUR/12009/2009.

[7] CNCom., Sala E, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ liquidación judicial”, LA LEY 12/05/2011, 2, con nota de Claudio M. KIPER; Silvio Lisoprawski; LA LEY 2011-C, 211, con nota de Claudio M. KIPER; Silvio Lisoprawski. Cita online: AR/JUR/95437/2010

[8] Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17, 12/09/2011, publicado en LA LEY 14/02/2012, 1, con nota de Claudio M. KIPER; Silvio LISOPRAWISKI. Cita Online: AR/JUR/86345/2011

[9] ORELLE, José María, El Fideicomiso en la ley 24.441, LA LEY 1995-B, 874

[10] JOULIA, Emilio César, Consecuencias y camino ante la insolvencia del patrimonio fiduciario, MJ-DOC-2024-AR | MJD2024, 1

[11] LISOPRAWISKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La

- Ley, Suplemento del 4/08/2010
- [12] MACIEL, Hugo D., La cesación de pagos en la ley de quiebras 24.522, LA LEY1997-D, 1280.
- [13] LISOPRAWISKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, Suplemento del 4/08/2010
- [14] *Ibidem*
- [15] *Ibidem*
- [16] MAFFÍA, Osvaldo J., ¿Por qué caducidad de los plazos en el concurso preventivo?, LA LEY1986-E, 895 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 1043
- [17] *Ibidem*
- [18] LISOPRAWISKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, Suplemento del 4/08/2010
- [19] *Ibidem*
- [20] TON, Walter Ruben, El Fideicomiso en insolvencia debe ser liquidado a través de la quiebra, http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/contratos/fideicomiso_o_insolvencia_debe_ser_liquidado_quiebra_ton.pdf (acceso el 28-V-2012).
- [21] LISOPRAWISKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, Suplemento del 4/08/2010
- [22] LISOPRAWISKI, Silvio, La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El "limbo" o la subsistencia "ultra vires", LA LEY2008-B, 912 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2009, 745 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2009, 751
- [23] FERRO, Carolina, Actualidad jurisprudencial y doctrinaria sobre Fideicomiso y Concurso, Eldial.com DC17FB, 28/03/2012, 1
- [24] FIGUEROA, TOMÁS ISE, Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos, LA LEY1999-A, 899
- [25] Cfr. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El Fideicomiso en la dinámica mercantil, Abaco, Buenos Aires, 2004, 310 y ss.
- LISOPRAWISKI, Silvio, Op. Cit., 1
- [27] KIPER, Claudio M.; LISOPRAWISKI, Silvio, Liquidación judicial del fideicomiso en crisis. Un precedente emblemático, LA LEY 12/05/2011, 3
- [28] LISOPRAWISKI, Silvio, El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario, La Ley, Suplemento del 4/08/2010
- [29] FERRO, Carolina, Op. Cit., 1
- [30] Publicados en el sitio oficial <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. (acceso el 30-VII-2012)