

“Patrimonios de afectación e insolvencia”

por Lidia Vaiser¹

Abstract: En el presente trabajo se trata la problemática de la insolvencia de los patrimonios de afectación, con especial atención de los bienes que integran el acervo hereditario y el fideicomiso, institutos de muy escaso contacto conceptual pero indudablemente comparten el carácter de universalidad de bienes, tanto como las dificultades de interpretación que surgen de la interacción del Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Concursos 24522.

I.- INTRODUCCIÓN.

El día 3 de marzo del corriente año se celebró el tercer conversatorio organizado por la Universidad Nacional de Córdoba; su Instituto de Derecho Comercial y la Academia de Derecho de Córdoba, junto con otros grupos académicos, donde ejerciera la coordinación. Lo que me llevó a elaborar esta nota tratando de sistematizar desde el punto de vista de la dogmática concursal los campos atribuibles a dos las figuras bajo estudio.²

En el mencionado conversatorio se abordó la cuestión bajo la consigna: “Patrimonios de afectación: el caso particular de los fideicomisos que vehiculizan empresas”

El territorio que abarca el tema es muy amplio, aunque se entiende bien que la figura del fideicomiso es la que concite mayor interés, vista la enorme cantidad de trabajos doctrinales que le fueran dedicados y la constante recurrencia a los tribunales para dirimir conflictos vinculados con el Instituto, lo que al par ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia.

¹ Abogada, especialista en Derecho Concursal y Empresario. Asidua conferenciante en eventos académicos nacionales y extranjeros. Autora de numerosos libros y publicaciones en revistas especializadas

² Agradezco a los expositores, Dres. Lorente, Mallo y Marquez por las ricas enseñanzas que nos dejaron en materia de insolvencia del fideicomiso

Es claro y evidente el por qué de su importancia: el fideicomiso, que es un patrimonio de afectación, constituye un vehículo fundamental en el desarrollo de los negocios, la gestión de los bienes y la planificación sucesoria, sólo por enumerar algunos de sus aspectos vinculados al negocio subyacente. Lo cual no impide – por cierto - su colapso económico y las consecuencias que trae su insolvencia.

Debe señalarse no obstante, que en el derecho interno existen numerosos patrimonios de afectación. Así y como ejemplo: los fondos comunes de inversión, los bienes de la sucesión indivisa, y hasta alguna doctrina ha considerado como patrimonio de afectación los bienes de la masa fallida.

No sería del todo arriesgado afirmar, que desde el punto de vista de lo organizacional³, las sociedades comerciales y los contratos de colaboración empresaria presuponen también la existencia de un patrimonio de afectación distinto del de las sociedades, socios o accionistas que los integran.

De otro lado, el tema de las sucesiones indivisas ha traído también algunas implicancias e interferencias entre el Código Civil y Comercial de la Nación sobre la ley de Concursos, por lo cual las abordaremos en un acápite especial de este trabajo y de seguido.

II.- CONCURSO Y SUCESIONES INDIVISAS

En principio cabe señalar que en esta materia el Código Civil y Comercial ha despertado algunas inquietudes sobre los tres presupuestos esenciales del proceso concursal: el presupuesto objetivo, el presupuesto subjetivo y el presupuesto activo, esto es: la legitimación procesal para solicitar la apertura del proceso en el caso particular de las sucesiones indivisas.

Sabido es que el art. 1 LCQ entroniza al estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo, con la conocida excepción en el APE (art. 69 LCQ) y el concurso en caso de agrupamiento (Art. 65 LCQ)

No vamos a entrar en la rica doctrina existente en torno al concepto de “estado de cesación de pagos”, que tal vez agotaría mucho más que la

³ Richard, Efrain Hugo dixit

extensión del presente trabajo. Pero resulta oportuno señalar las posibles discordancias entre ese estado patrimonial y los presupuestos atribuidos al concurso en la insolvencia de las sucesiones.

Según el art. 69 LCQ puede acceder al Acuerdo Preventivo extrajudicial, que es una suerte de acuerdo preconcursal, regulado o formal y homologado judicialmente,⁴ el deudor que se encontrare en cesación de pagos o “*en dificultades económicas o financieras de carácter general*”

En cuanto a este presupuesto objetivo en el APE, se ha desplegado una frondosa doctrina, donde sobresale la idea de que en la práctica no difiere del estado de cesación de pagos aludido en el art. 1 LCQ

No compartimos ese criterio y acordamos con Segal sobre las diferencias existentes, dentro del propio instituto, entre las causas financieras y las económicas, en cuanto las primeras hacen referencia a la liquidez, a los medios para cubrir las erogaciones de caja, a los activos corrientes y activos realizables. Así, una dificultad financiera general, puede solucionarse con la venta de un activo no corriente importante y con éste ingreso de fondos se podrá equilibrar las cuentas de la empresa. Generalmente se refiere al nivel de endeudamiento, mientras menor sea el mismo, mejor será la situación financiera. En tanto, las dificultades económicas se equiparan a razones de rentabilidad o a otras razones de índole patrimonial. Es decir, la renta de cada unidad monetaria invertida en el activo, en relación con el mercado en el que se comercializa, eventuales competidores, competitividad de la empresa, etc.⁵

Debe notarse también el modo conjuntivo utilizado por la norma respecto de las dificultades económicas o financieras, donde bien se aprecia la inclusión de cualquiera de ellas o de ambas.

En cuanto al Concurso en caso de agrupamiento (art. 65 LCQ) se requiere que al menos uno de los integrantes se encuentre en el estado de cesación de pagos; lo que es igual decir: la exigencia legal sobre la cesación de pagos *cede* en relación a los otros componentes, los que podrían encontrarse *in bonis*.

⁴ Rouillon, Régimen de Concursos y Quiebras pág.126

⁵ Segal, Rubén, “Acuerdos preventivos extrajudiciales”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 112.

Entrando ya en el terreno del concurso de la herencia, se advierte que el art. 2360 del CCCN, establece como presupuesto objetivo el “...*desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario*...” Lo cual levanta una comprensible incógnita.

Se aprecia de inmediato que la redacción de la norma no concuerda ni con el art. 1 LCQ, ni con la del art. 69 del mismo cuerpo legal, lo cual nos parece criticable porque atenta contra la necesaria homogeneidad y claridad del sistema legislativo. Por otra parte no se entiende por qué razón el legislador introdujo las nociones de *desequilibrio* y de *insuficiencia patrimonial* cuando ya existía una rica doctrina y jurisprudencia en materia de presupuestos objetivos de los concursos.

Además es a todas luces evidentes que –cuanto menos por las remisiones a la LCQ que trae el Código- y por la naturaleza misma de la insolvencia, la cuestión debe verse en un plano netamente concursal.

Se ha señalado que la forma en que es delineada la insolvencia del sucesorio hace alusión a la cesación de pagos en la LCQ⁶; pero desde mi punto de vista no es tan fácil afirmar que tuviera correlato con aquella, a ojos vista. Nótese además que el mismo autor recién citado critica la redacción del art. 2360 CCCN

Por otra parte es el legislador quien debiera cumplir primero la premisa que le impone al intérprete en el art. 2 del CCCN; esto es: que la ley debe interpretarse conforme las leyes análogas y teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico. Por lo cual hubiera sido preferible remitir al concepto de cesación de pagos tan solventado por la doctrina y la jurisprudencia interna.

Bien es cierto que la Ley concursal, toma en cuenta la existencia de un patrimonio dinámico con inserción en el comercio, pero ello no significa que los bienes relictos se encuentren carentes de tales condiciones. Lo cual no quita que respecto de la persona humana la actividad comercial pudiera no existir.

En cuanto al *presupuesto subjetivo*, es dable mencionar que el art. 2 de la LCQ, “sujetos comprendidos” establece que puede ser declarado en

⁶ Gerbaudo, Germán; VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. T*1 pág. 79

concurso “el patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores...” Ello no significa que la ley asigne personalidad jurídica, o lo considere sujeto de derecho, cuestión ésta que suscita divisiones en la doctrina y en la jurisprudencia ⁷

De otro lado, en el antiguo Código Civil la herencia era aceptada – como regla general- bajo beneficio de inventario. El CCCN eliminó la distinción entre la aceptación lisa y llana y con beneficio de inventario, al igual que la acción de separación de patrimonios, estableciendo como principio general la *responsabilidad limitada del heredero* en el art 2317. La norma expresa: “...El heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos...”

En consecuencia, ya no hay aceptación bajo beneficio de inventario, ni pura y simple, sino que hay una sola aceptación que trae consigo la responsabilidad limitada del heredero, aunque la ley separa los patrimonios del causante y del heredero al modo del anterior *beneficio de inventario*. El heredero sólo responde con sus propios bienes cuando no realiza el inventario dentro de los tres meses en que fue intimado judicialmente a ello, u oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario, o exagera dolosamente el pasivo sucesorio o enajena bienes de la sucesión a precios no convenientes y sin que éste ingrese a la masa (arts. 2321 CCCN) ⁸

Una mayor conflictiva presenta la configuración del principio activo de los concursos o la *legitimación* para promover el proceso.

El artículo 8 de la LCQ dispone que cualquiera de los herederos pueda solicitar el concurso preventivo en relación al patrimonio del fallecido. Nada dice respecto de la quiebra⁹; Pero no obstante y mi modo de ver, carecería de sustento legal sostener que se encuentra prohibido solicitar la quiebra, problema

⁷ Heredia, Tratado...T* 1 pág. 248

⁸Sosa Aubone, Daniel : CASI <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/SOSA%20AUBONE-%20Problem%C3%A1tica%20patrimonio%20del%20fallecido.pdf>

⁹ Como nada dice respecto del concurso preventivo en el caso del fideicomiso el CCCN.

de grandes resonancias en tanto la ley no lo contempla, tal como recién se ha expresado.¹⁰

Debe también señalarse que el art. 2 LCQ (sujetos concursales, sin olvidar que el sucesorio no es un sujeto de derecho) es una disposición de *índole general* que se aplica a todos los procesos contemplados por la ley 24522. Refuerza lo sostenido aquí la circunstancia de que en materia de quiebra *no existe una norma especial* relativa a los sujetos que pueden someterse a los distintos procesos, más allá de la que establece el mencionado artículo. Lo que en definitiva da lugar a la posibilidad cierta de someter a una quiebra el acervo hereditario; donde el término “concurso” debe leerse como genérico.

El art. 8 LCQ dispone que cualquiera de los herederos puede solicitar el concurso preventivo¹¹. De manera muy adecuada se ha precisado que el término “herederos” que se contiene la norma podría abarcar a otros sujetos. Por lo cual el supuesto resulta más amplio que el técnico –jurídico enunciado en el dispositivo legal. Así, puesto que también cabría admitir como sujeto legitimado al legatario de cuota o al legatario de cosa cierta. Y el cónyuge supérstite, que podría revestir o no el carácter de heredero, tampoco estaría desprovisto de esa facultad¹²

Un tanto o más arduo resulta establecer cuándo el sujeto peticionante del concurso puede ser o no considerado “heredero” como sujeto legitimado a los fines concursales. Parte de la doctrina entiende que el término legal debe ser interpretado en sentido amplio. En cambio otros, señalan que resulta necesario que se encuentre dictada la declaratoria de herederos para justificar la legitimación del peticionante¹³

Sin embargo, el art. 2337 del CCCN establece que si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido en su calidad de tal *desde el día de la muerte del causante, sin ninguna*

¹⁰ Igual conflicto se presenta, aunque inverso, en materia de fideicomiso

¹¹ Debíó usarse el termino Concursos, de manera genérica, pues como se señaló nada impide solicitar tanto el concurso preventivo como la quiebra

¹² Ver Heredia, Tratado...T* 1 pág.350, que desarrolla con su proverbial solvencia la cuestión y analiza concienzudamente la doctrina civil y la concursal.

¹³ Sobre el tema puede verse la extensa lista doctrinal que sostiene una y otra postura en “Concurso de la herencia en el Derecho Concursal Argentino...”; Gerbaudo, German; en Rev. Lex Mercatoria; Nro. 7; año 201

formalidad o intervención de los jueces. Lo cual inclina a pensar que la legitimación surge sólo con la justificación del vínculo con el causante. Y que al cónyuge, que puede ser o no heredero – como ya se señaló - , a los fines de esta norma se aplica la misma tesitura, es decir: que sus derechos y acciones nacen a partir de la muerte del causante con la mera acreditación del vínculo.

Finalmente, se debe destacar que las notas vertidas en el presente acápite son aplicables a la indivisión forzosa ya sea de índole contractual o testamentaria, en tanto y cuanto los bienes afectados constituyan una universalidad que entra en crisis de la insolvencia (art. 2330/31 CCCN).

III.- FIDEICOMISO Y CONCURSO: CONCURSO PREVENTIVO Y LIQUIDACIÓN O QUIEBRA

La figura del fideicomiso ha traído desde antaño un sinfín de inquietudes en distintos aspectos de su aplicación. Sin ánimo de simplificar tan complejos problemas jurídicos, principio por señalar que la caracterización del mismo es variable según su objeto; y por tanto, tal vez habría que elaborarse una doctrina que contemple la materia concursal, según fuera la característica del fideicomiso en cuestión.

Si como muestra vale un botón, nótese que la primera gran variante vinculada al objeto del contrato (sí, primariamente el fideicomiso es un contrato según el art. 1666 CCCN) estriba en que los bienes fideicomitidos tengan un destino estático (transmisión sucesoria, en su caso, garantía, etc.) o dinámico (emprendimientos comerciales, inmobiliarios, inversiones u otros negocios subyacentes), lo que podría abarcar desde la mera gestión de patrimonios hasta actividades empresariales que son típicamente societarias.

En la notable complejidad del caso aparece también la circunstancia incontestable de que el fideicomiso estuvo sometido histórica y simultáneamente a distintos ámbitos regulatorios; esto es: la Ley de fideicomisos 24441, el Código Civil (hoy CCCN), la Ley de Concursos y hasta la Ley de Sociedades Comerciales, según la mirada del intérprete, con diferentes principios y objetivos. Es de allí que no pueda alcanzarse fácilmente la

homogeneidad de criterios y la materia interpretativa se ha tornado por demás *elástica*.

Sólo por ver la punta del iceberg señalaré algunos de los interrogantes que se plantean con asiduidad en caso de insolvencia del fideicomiso:

- 1.- Si es o no una persona jurídica;
- 2.- Si está o no sometido a *todas* las disposiciones de la LCQ frente a la insolvencia
- 3.- Si puede o no se objeto de Concurso preventivo o de APE;
- 4.- Si quiebra o “se liquida”
- 5.- Cuál es el presupuesto objetivo de su insolvencia
- 6.- Cual es el presupuesto activo o legitimación formal y sustancial para requerir su concurso o liquidación.

No podrían obviarse además, las cuestiones relativas al registro del contrato, teniendo en cuenta las disposiciones del art. 1664 y 1669 del CCCN (Registro de bienes y Registro Público de Fideicomisos) de aplicación general; y la reciente Resolución de la Inspección General de Justicia que introduce otros recaudos registrales (Res.Gral. 33/2020)

Allí se establece la obligación del *doble registro* cuando al menos uno o más de los fiduciarios designados posean domicilio real o especial en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. O cuando las acciones, incluidas las de las SAS, o cuotas sociales de una sociedad inscripta ante IGJ, o establecimientos industriales o comerciales ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuya transmisión se rija por la Ley N° 11867, formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso. O cuando existen bienes muebles o inmuebles que formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso, ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Además, en caso de que del contrato surja la obligación de emitir estados contables anuales, como modo de rendición de cuentas del fiduciario (en los términos del artículo 1675 del Código Civil y Comercial de la Nación) , se aplicará lo establecido en el Libro IV de la Resolución General N° 7/2015. Asimismo, si del contenido de la rendición de cuentas y/o de la documentación

que la complemente surgiera que la actividad del fiduciario implica una modificación de la composición del patrimonio fiduciario, deberá inscribirse también dicho documento. La IGJ *verificará*, previo a practicar la inscripción, el cumplimiento efectivo de todos los requisitos de fondo y forma impuestos por el Código Civil y Comercial de la Nación.

No sería arriesgado considerar, frente a las facultades apuntadas, que la notable injerencia de la IGJ podría alterar los términos del contrato primigenio, el que se verá sometido a una nueva regulación emanada de esa autoridad de registro.

Debe también señalarse que el nuevo CCCN intentó regular el instituto de manera autosuficiente a pesar de sus remisiones legales. Nótese ello conforme aparece en los fundamentos incorporados al Capítulo 30, que sienta algunas incógnitas. Pero lo cierto y concreto es que la normativa falla a todas luces en materia de insolvencia, tal como se verá.

Por otra parte resulta de interés señalar que el art. 1670 CCCN dispone que puede ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso *universalidades*. En este último caso perdería su característica principal, que es la de escindirse de otro patrimonio de titularidad de una persona natural o jurídica, visto que ésta habrá de transmitir todos sus bienes.

El meollo de la cuestión en materia concursal, se encuentra en el artículo 1687 CCCN que pasaré a transcribir en lo pertinente para mayor claridad expositiva, subrayando los tópicos difusos.

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

Se trata de una norma tan breve como sustanciosa y conflictiva, donde hemos señalado en el texto las cuestiones que merecen ser aclaradas; lo que de por sí marca su deficiente redacción. En primer lugar cuadra advertir que lo expresado en el sentido de que la liquidación del fideicomiso no daría lugar a la declaración de quiebra, es a mi juicio una mera disquisición semántica que hubiera sido preferible obviar, máxime considerando la expresa remisión a la LCQ y tal como lo que ha venido sosteniendo la doctrina desde mucho tiempo atrás.

Es un caso similar al de las aseguradoras y de las instituciones bancarias, que pese a la literal negativa que surge del art. 2 “in fine” de la Ley Concursal, en la práctica siguen las disposiciones legales en materia de quiebra y ajustan su procedimiento a lo allí reglado.

En el que nos ocupa, la propia norma establece el procedimiento a seguir, que no es otro que el contenido en el Título III de la LCQ. Alguna doctrina ha interpretado que se trata de un nuevo procedimiento concursal, con lo cual discrepo en tanto y cuanto es el mismo Código el que, en el artículo bajo análisis, se encarga de establecer cuál es el que corresponde lleva delante de manera coherente con el régimen de la quiebra.

Tampoco se expresa con toda claridad cuál sería el juez competente para intervenir en el proceso. Una interpretación lógica lleva a afirmar que se trata sin lugar a dudas del juez concursal, *competente en razón de la materia*, (insolvencia) según el domicilio fijado en el contrato. (Art.3 LCQ). Todo ello conforme la remisión que se formula a la propia Ley concursal.

También entiendo que la expresión “en lo pertinente” sienta dificultades interpretativas que merecen un comentario.

Primariamente todos y cada uno de los principios concursales resultarán de aplicación a la liquidación del patrimonio fideicomitado. No se encuentra ningún argumento válido para que el principio de igualdad entre los acreedores sea dejado de lado. Por el contrario, este principio necesariamente tiene que encontrarse presente en la liquidación del patrimonio, ya que su insuficiencia permite suponer que (más allá de que, en la teoría, puede existir el caso en que el desbalance sea financiero y no económico) los bienes del

fideicomiso no alcanzarán para satisfacer a todos los acreedores. Así, ante la concurrencia de diversos acreedores sobre un mismo patrimonio se encienden los motores de la justicia distributiva, en la que todos quienes se hallen en igual situación merecen igual tratamiento¹⁴¹⁵

Ello no obstante torna la cuestión un poco más dudosa cuando en el contrato se establece la existencia de créditos subordinados o privilegiados.

Bien es cierto que el fideicomiso no es una persona jurídica, razón por la cual en el escenario falencial no serían aplicables *los efectos personales de la quiebra*.

Y daré por anticipado algunas opiniones relativas a las demás secciones de la LCQ. Así y por ejemplo: nada impide aplicar al proceso concursal de un fideicomiso el instituto de la *Conversión* concurso preventivo (art.90 LCQ), aunque antes bien debiera definirse si el fideicomiso es susceptible o no de ser llevado a un proceso preventivo, cuestión que se analizará más adelante.

No habrá ninguna duda sin embargo, de que se aplican todas las normas relativas al *desapoderamiento*; y al *periodo de sospecha*. Se aplica asimismo las normas concursales inherentes a *los efectos sobre los contratos* (art. 143 y siguientes LCQ); a la incautación y administración de los bienes (art. 177 y ccds. Ley 24522) y toda la regulación relativa al *período informativo*.

Pero el tan extenso territorio normativo que en la liquidación surge con remisión a la Ley concursal, deja latente significativas dudas sobre el presupuesto objetivo y sobre el presupuesto activo, o sea, la legitimación procesal para solicitar la apertura del proceso.

Otra cuestión de relevancia estriba en establecer, si el fideicomiso puede liquidarse o no en forma privada. Me animo a ensayar una hipótesis *afirmativa*, teniendo en consideración que lo normado en el CCCN refiere al caso de que la decisión se someta a los tribunales competentes; y que en definitiva el

¹⁴ Junyent Bas, “La “insuficiencia” del patrimonio fideicomitado a la luz del art. 16 de la ley 24.441. El trámite liquidatorio: ¿Un proceso “extrajudicial” o “paraconcursal”?” La Ley Córdoba 2014 (agosto), 701.

¹⁵ CNCom., Sala C, La economía s/Quiebra s/Incidente de verificación de crédito de Rocha Mercedes del Tránsito, 8-II-2018, El Dial, AG4EF9.

fideicomiso nace de un contrato que bien puede establecer otra forma de liquidación.

Nótese asimismo que la expresión “*insuficiencia de los bienes fideicomitidos*” no especifica cómo se determina la mentada insuficiencia. ¿Son insuficientes los bienes según valor contable? ¿Según valor de realización? ¿Es necesaria una valuación ad hoc? ¿Puede realizar esa valuación el acreedor peticionante de la quiebra? Estos son algunos de los interrogantes que plantea la doctrina¹⁶ ; y que también se ha visto en la práctica según profusa jurisprudencia.

Cabe también preguntarse si la definición contenida en el CCCN remite o no al estado de cesación de pagos, tal como se encuentra entendido en materia de concurso preventivo o quiebra. O debe acercarse de un modo más elástico a lo normado respecto del APE.

Estas disquisiciones, que bien pueden también plantearse respecto de *cualquier otro* patrimonio de afectación, no tienen una respuesta unívoca y quedan sujetos a la interpretación que formule el Juez del proceso. De atenernos al art. 2 del nuevo CCCN por razones de coherencia legislativa y la remisión que efectúa el codificador a la LCQ, sería la normativa de esta última la que debe tomarse en cuenta (art.1 LCQ); aunque subsistirá la duda sobre el presupuesto objetivo del APE, que va de la mano con la postura que se adopte sobre la procedencia de aplicar ese proceso preventivo al fideicomiso.

En “Fideicomiso Estrella del Sur” y en “Fideicomiso Cándida” por ejemplo, se entendió que la insuficiencia de patrimonio era asimilable al estado de cesación de pagos contemplado en la LCQ.¹⁷

De una conferencia brindada por los Dres. Chiavasa, Ruiz y Villoldo se extrae un abanico de supuestos contemplados en diferentes fallos para fundamentar también el presupuesto objetivo¹⁸. En FIDAG :*interrupción del flujo de fondos*; en CALLE CHILE: *Imposibilita de ejecutar* el emprendimiento

¹⁶ Veáse por ej. Games-Esparza en «Fideicomiso y Concursos». Ed. Depalma.

¹⁷ JNCom. N° 28, Sec. N° 55, Fideicomiso Cándida le pide la quiebra Altur Financiam S.A., 28-IX-2018, inédito.; en igual sentido “Fideicomiso Oil Trust

¹⁸ Seminario Anual del Instituto de Derecho Comercial; 22-04-2020

inmobiliario; HOLMBERG: *vencimiento del plazo de devolver sumas aportadas*; en LAGUNA DEL SAUCE: *vencimiento del plazo para finalización del fideicomiso, insuficiencia del patrimonio e inviabilidad empresarial*; en TOXODIUM y TOULOUSE: *confesión sobre la imposibilidad de cumplir el objeto del fideicomiso*; en OIL TRUST: *abandono de la planta de biodiesel*; en ESTRELLA DEL SUR: *bienes insuficientes para el cumplimiento del contrato de fideicomiso*. Como se verá la enumeración es muy amplia e ilustrativa, pero bien puede suponerse que la mayoría de los supuestos fácticos contemplados constituyen una variante de los *hechos reveladores* de la cesación de pagos, que contempla el art. 79 LCQ.

No menos importante será la determinación de la *legitimación concursal* para solicitar la quiebra (o el concurso, o el APE). En primer lugar cabe decir que los acreedores, sin duda, se encuentran legitimados como en todo proceso concursal.

La cuestión es menos clara cuando se trata de establecer la legitimación del fiduciario. Ello así pues, si bien *y a priori* el fiduciario válidamente lo está, puede darse que se le hubiera vedado en el contrario. No obstante, en general, la jurisprudencia no ha puesto reparos para que sea el fiduciario quien requiera la liquidación del patrimonio por él administrado. Así, en fallos dictados por el Juzg. Nac. 1ª Inst. Com. N° 9, Sec. 17, Fideicomiso Holmberg 3924 s/pedido de quiebra, 11-V-2015, inédito. JNCom. N° 7, Sec. N° 14, Fideicomiso Marine & Oil s/Pedido de quiebra promovido por Chichello Quiros, Carlos Fernando, inédito. 45 JNCom. N° 20, Sec. N° 40, Fideicomiso Jujuy 1875 (fiduciario Avati, Pablo Gustavo) le pide la quiebra Otero, Martín, 22-III-2018, inédito. 46 JNCom. N° 20, Sec. N° 40, Fideicomiso Jujuy 1875 (fiduciario Avati, Pablo Gustavo) le pide la quiebra Otero, Martín, 05-X-2018, inédito. 22 Fideicomiso Fidag, Fideicomiso Laguna del Sauce, Fideicomiso Taxodium Vida Park (II), Fideicomiso Calle Chile, Fideicomiso Las Calas y Fideicomiso Montevideo, los fiduciarios pidieron la liquidación judicial del fideicomiso y la pretensión fue admitida por el Juez.¹⁹

¹⁹ Bustamante, Eduardo M. Tesis de Derecho Aplicado, La liquidación de los bienes fideicomitidos; Univ. Austral.

En cambio, los fiduciarios no son acreedores del fideicomiso (salvo que concurra en la misma persona la calidad de fiduciante y beneficiario o fideicomisario). Sin perjuicio de ello, al haber originado la creación del patrimonio especial mediante la transferencia de la propiedad fiduciaria y siendo que además lo hiciera a favor de los beneficiarios y fideicomisarios, se entiende que existe un interés que los habilita a requerir la liquidación judicial del patrimonio. Así se sostuvo en “Fideicomiso Sofol”, que tuvo la particularidad de que la sociedad fiduciaria había sido declarada en quiebra. Allí, el Juez interviniente entendió que esta circunstancia traía aparejada la “imposibilidad jurídica” de concluir el emprendimiento, opinión no siempre compartida, dado que la quiebra del fiduciario solamente puede generar su cese en dicho rol, por aplicación de lo establecido en el artículo 1678, inciso d, del CCCN.

Sin perjuicio de ello, en atención a la inexistencia de un fiduciario a quien correr traslado del pedido de liquidación, se entiende que debió citarse a las restantes partes del fideicomiso, a fin de que pudieran hacer valer sus derechos. Este temperamento hubiera sido el acertado, en tanto al contratar, los fiduciarios le otorgan al fiduciario la facultad de administrar el patrimonio fideicomitado y, además, confían en que el fiduciario los protegerá debidamente. Lo cual presupone la obligación de contestar y repeler las demandas que se le inicien e inclusive probar la suficiencia del patrimonio para atender a sus obligaciones en caso de que fuera requerida la liquidación judicial. Por ello, ante la ausencia de un fiduciario, los derechos de los fiduciarios no pueden quedar completamente desguarnecidos, lo que se puede subsanar mediante la intervención directa de éstos.²⁰

En cuanto a las acciones de recomposición patrimonial en la quiebra, surgen cuanto menos dos cuestiones: cuales proceden y quien es el sujeto legitimado para promoverlas.

No existen dudas desde mi punto de vista que la ineficacia concursal y las acciones de responsabilidad, en el caso contra el administrador-fiduciario, son procedentes en materia de fideicomiso. Y en cuanto a la legitimación activa, incluirá no solo al acreedor, sino también al fiduciario.

²⁰ Bustamante, ob. Cit.

Ahora abordaré la factibilidad de someter al fideicomiso al Concurso Preventivo. Adelantando mi postura positiva, habré de recurrir a las fundadas razones esbozadas en el conversatorio que fue referido al inicio, desplegadas con máxima solvencia por el Dr. Javier Lorente, no sin advertir que la mayoría de la doctrina sostiene una postura opuesta.

Debe subrayarse que aunque el fideicomiso no es una persona jurídica, no deja de ser un centro de imputación de derechos y obligaciones, que tiene un patrimonio propio y en muchos casos una actividad económica dinámica. Y que en nuestro derecho positivo rige la norma constitucional del art. 19 CN del cual se desprende el paradigma de que lo que no está prohibido es permitido.

De otro lado y como ya se señalara, se impone respetar el principio de congruencia legal emanado del art. 2 del CCCN. En el caso, por abierta remisión a la ley concursal y sobre la base de que existe una insolvencia patrimonial no cabe más que atenerse a las reglas de la *concuralidad*.

También es cierto, tal como se señalara, que en la evolución del Derecho Concursal moderno, las soluciones preventivas se privilegian frente a las liquidativas, donde se advierte una escasísima posibilidad del recupero de los créditos concurrentes. Nótese si no, el lamentable resultado al que se arribara en la liquidación del fideicomiso “Estrella del Sur”²¹ donde los adquirentes de unidades en dólares, que en muchos casos habían abonado más de la mitad del precio, obtuvieron un recupero cercano al 12% de los fondos invertidos.²²

Es dable consignar asimismo, que el fideicomiso no fue expresamente excluido del marco de la Ley concursal. Y que en el art. 2 de la LCQ se contempla tanto a los sujetos personas humanas y Jurídicas, como a *los patrimonios de afectación*. Por lo tanto los conflictos relativos a la insolvencia no se atienden solamente en relación al patrimonio de las personas, sino que la ley toma en cuenta también los patrimonios separados de uno o varios sujetos de derecho.

²¹ Fideicomiso Estrella del Sur s/Liquidación; CNCom. Sala D

²² A mayor abundamiento puede señalarse que el tribunal consideró con acierto que las normas del CCCN no son suficiente para tratar la materia.

Señala muy bien Lorente²³, que el art. 4 de la ley de concursos (concursos declarados en el extranjero) da lugar a la apertura del concurso en el país respecto de los bienes aquí situados; debiendo remarcarse además, que los *acreedores se encuentran legitimados* para solicitar la apertura del concurso en el país respecto de los mencionados bienes. Dicho de otro modo, el concurso declarado en el país recae sobre un patrimonio de afectación distinto del que corresponde al concurso o quiebra abierto en el extranjero.

Cuadra finalmente añadir que de los preceptos emanados de la quiebra transnacional, una persona o un patrimonio puede ser sujeto de distintos procedimientos.

De otro lado pareciera que la negativa a que quiebren los fideicomisos, que viene del art. 16 LF 24441, apunta a los patrimonios fideicomitidos de carácter *estático*, pero no puede válidamente aplicarse a los de carácter dinámico que –como ya dijimos reiteradamente– ejercen una actividad comercial o empresaria permanente que los emparenta con las sociedades comerciales. Finalmente, la pretensión de que no quiebren, parece emanar de un voluntarismo meramente declarativo.

Tal vez un poco más arduo pudiera ser la cuestión del APE. Pero en vistas del ya mencionado sustento legal que emana de la Constitución Nacional, de las enseñanzas del Derecho comparado y de los resultados que en la práctica producen los procesos liquidatorios, no caben dudas sobre la preferencia que debiera existir para los acuerdos privados y procedimientos pre o para-concursales por sobre la quiebra.

Nótese que aún en el supuesto que se adjudicara al APE una naturaleza *contractual*, tema que desvela a la doctrina, encontrándose en la vereda opuesta los que propugnan la naturaleza *concurstral* del instituto, las conclusiones no debieran ser diferentes. Claro que sin poder obviarse la homologación judicial como recaudo de oponibilidad *erga omnes*. Y que desde cualquiera de esas perspectivas, la factibilidad de recurrir al APE se fundamenta en las mismas consideraciones que se han expuesto sobre la posibilidad cierta de someter el fideicomiso al concurso preventivo.

²³ Tercer conversatorio; UNC y demás entidades.