

**CESACIÓN DE PAGOS Y LA LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO (PENSAMIENTOS PARA LA CRISIS POSCUARENTENA)**

**Jorge F. FUSHIMI - Efraín H. RICHARD**

Publicado en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE) BOLETÍN XXXII Julio 2020 Cita digital: EOLDC101765A

**Resumen:** Liminar ensayo, ante la pandemia económica, sobre aspectos en torno a la liquidación de un fideicomiso, conforme a la expresión del tercer párrafo del artículo 1687, que establece que, “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”.

**Palabras claves:** Confinamiento – Cesación de pagos - Fideicomiso.

**Abstract:** Limit trial, in the face of the economic pandemic, on aspects surrounding the liquidation of a trust, in accordance with the expression of the third paragraph of article 1687, which establishes that, “in the absence of other resources provided by the trustor or the beneficiary according to contractual provisions, its liquidation proceeds, which is in charge of the competent judge”.

**Key words:** Confinement - Cessation of payments - Trust.

## **I - PROEMIO**

Nos unimos nuevamente ante lo impredecible de la crisis económico-financiera desatada, que a la par de dejar en descubierto una marginalidad social ahora inocultable entraña un peligro cierto para un alto porcentaje de actividades empresariales.

Ante la preocupación de comercialistas de vivir una crisis de presentaciones judiciales que atascaran el sistema, similar a la que se vaticinaba para los servicios sanitarios, aconsejamos un escudo protector y la indirecta imposición de renegociar de buena fe todas las relaciones jurídicas afectadas, al estilo de lo previsto en el artículo 1011 del CCyCo.<sup>338</sup> Y la idea cuajó, fue receptada en algún grupo de trabajo e integró la recomendación emitida el 5/5/2020 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México).

Pero inmediatamente, ante la “crisis ya avizorada”, nos surgió la diferente terminología usada para referirse a ellas y alguna actividad marginal también afectada, cual puede ser el cumplimiento de la relación de fideicomiso. Por eso, el objetivo será hablar de “crisis”, en el caso de relaciones de organización que, como las sociedades y los fideicomisos, generan un patrimonio independiente. Y así como existe libertad para generar esos patrimonios independientes, no puede pensarse que de ello puede resultar daño, pues salvo que sea imprevisible deberemos pensar en responsabilidad.

Bajo esa idea rectora, de “libertad bajo responsabilidad”, elaboramos inicialmente este ensayo como una propuesta a debatir en el seno del grupo virtual de WhatsApp (El Arca) creado por Daniel Truffat. El jurista convocó generosamente a un gran grupo de académicos especialistas en diversas áreas del derecho mercantil, en particular societario y concursal, con la idea de realizar aportes

---

338 Planteamos esta posición, en Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: “Pensando en la salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Ideas para mitigar la crisis post-pandemia de COVID-19” - Diario LL - 8/5/2020, 2. Bs. As

jurídicos de base académica y científica y elevarlo a los poderes del Estado como propuestas desinteresadas, sin banderías políticas ni sesgos ideológicos (esto fue una regla esencial), para que puedan utilizarse aquellas herramientas que los poderes políticos consideren adecuadas a la crisis que -sin dudas- atravesará no solo la República Argentina, sino toda Latinoamérica, América y el mundo todo. La dimensión de la crisis que sobrevendrá no tiene parangón alguno y ameritará una serie de respuestas que no necesariamente provendrán de las finanzas del Estado, sino que requerirán esfuerzos multidisciplinarios. La convocatoria al grupo fue desinteresada, y más desinteresada aún fue la participación de todos los involucrados, acercando trabajos, escritos, ponencias, artículos y propuestas y críticas, que se debatieron y debaten, a través de varias reuniones virtuales. Allí habíamos sometido inicialmente la primera propuesta sobre “renegociación” de las relaciones alteradas por la crisis.

## **II - LA CRISIS ESPERABLE**

Mientras redactábamos este artículo, el 21/5/2020, Estados Unidos reporta un total de 39 millones de desocupados, y la Comunidad Europea anuncia que algunos cálculos estiman una pérdida de 61 millones de puestos de trabajo para toda la región. Por su parte, Estados Unidos emitió títulos de deuda por 3 billones de dólares; Francia y Alemania proponen ayudas a los países de la Comunidad Europea por 500 mil millones de euros, monto que también dispuso el Banco Central Europeo. El FMI, por su parte, anunció la disponibilidad de 1 billón de dólares en ayudas. La caída del PBI de Latinoamérica y el Caribe es estimada por la CEPAL<sup>339</sup> en -5,3%, con lo que esta será la más grande caída de la historia. En otra parte del mundo, China, motor de la economía mundial, por primera vez en 30 años, no tiene proyecciones de crecimiento para el ciclo anual. En medio de todo este negro panorama en el que no abundamos por exceder los límites del trabajo, en Argentina, según el INDEC, en marzo de 2020, la actividad cayó un 11,5% interanual. Con ello tenemos una economía en una grave recesión que lleva más de dos años continuados, un virtual default internacional, una de las presiones impositivas más altas del mundo, y emisión de dinero e inflación (a niveles excesivamente altos).

Este panorama, negro y al mismo con impredecibilidad, nos mueve a pensar diferente, porque somos conscientes de que la crisis económico-financiera global es inevitable, pero debemos reflexionar en cómo limitar sus daños y en cómo prevenir la crisis que ella implicará también en los tribunales de todo el país, con un -casi seguro- notable incremento de las causas litigiosas motivadas por los incumplimientos, las moras y las cesaciones de pago.

En este contexto, aunque no exclusivamente, pensamos este trabajo con proyección a todas las actividades económicas en crisis.

## **III -INTRODUCCIÓN**

En ese contexto, se nos ocurrió un liminar ensayo, ante la pandemia económica y algunos disensos, expresarnos sobre algunos aspectos en torno a la liquidación de un fideicomiso no financiero, conforme la expresión del tercer párrafo del artículo 1687 del CCyCo.: *“La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a esas obligaciones ... contraídas en la ejecución del fideicomiso”* -del primer párr.-, genera que, *“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*

---

339 [www.cepal.org/es](http://www.cepal.org/es)

*competente”.*

Esta situación es equiparada normalmente a cesación de pagos o insolvencia para intentar lograr un trámite concursal preventivo, no necesariamente liquidatorio.

No entraremos en el tema de fondo, aunque nos haremos muchas preguntas, sino en la significación de estados patrimoniales. Nos hemos pronunciado reiteradamente en cuanto a que los administradores y socios deben actuar preventivamente ante la crisis, ante su mera avizoración. Las soluciones se encuentran en las previsiones de la ley general de sociedades -LGS-, CCyCo. y de la ley de concursos 24522 -LCQ-.

Esta última permite, ante la mera manifestación de los administradores societarios que la persona jurídica está en “cesación de pagos, cualquiera sea su causa”, abrir su concurso preventivo -sin necesidad de acreditarla-, logrando frenar la acción de sus acreedores, en forma similar a lo que se presentaba en la imaginería infantil para “Alí Babá y los 40 ladrones”: al grito de “Ábrete Sésamo” movían una piedra de la montaña, que se cerraba a sus espaldas dejando atónitos e inermes a sus perseguidores -acreedores-.

Al mismo tiempo suele jugarse con la locución “insolvencia”. La cesación de pagos no es equivalente a insolvencia, aunque algunas legislaciones usen esas distintas terminologías<sup>340</sup> como “Ábrete Sésamo”. Esa diferencia aparece, por ejemplo, entre la legislación concursal argentina y uruguaya.

#### **IV - DESARROLLO SOBRE TERMINOLOGÍA**

En la República Argentina, concursalmente, no se distinguía entre cesación de pagos e insolvencia desde el punto de vista doctrinal. Creemos que debemos hacerlo. También alejándonos de conceptos como infracapitalización o infrapatrimonialización, formal y material, y pérdida del capital social como paralelo de patrimonio insuficiente para satisfacer las deudas sociales.

Desde hace algún tiempo señalamos que en la preconcursalidad debemos poner el acento ya no en la infracapitalización -sin abandonar esa teoría, ni su influencia disuasoria de conductas-, zona gris, sino en una línea roja indubitable: la causal de disolución por pérdida parcial o total del capital social -como insuficiencia patrimonial para satisfacer los derechos de terceros- y sus consecuencias en el sistema societario y concursal. Debemos apuntar que la ley de emergencia del 23/12/2019 suspendió por un año esa causal de disolución, repitiendo lo acaecido en el año 2002<sup>341</sup>.

Se ha trabajado sobre la infracapitalización como un elemento decisivo para determinar la responsabilidad de administradores (y de socios de control)<sup>342</sup>, discutiéndose, en torno a ello, cuánto de capital propio y cuánto obtenido de financiación es lo más adecuado, o si el capital fundacional debía ser suficiente para la explotación del objeto de la sociedad -empresa-, y si ello

---

340 Junyent Bas, Francisco: “Alrededor de la concursalidad. A propósito de los nuevos lineamientos que se avizoran en el derecho concursal” en “Concursos y quiebras ley 24522” - Ed. Advocatus - Cba. - 2013 - pág. 9

341 Richard, Efraín H.: “Derecho societario: autonomía de la voluntad y normas imperativas. Las crisis. Y una apostilla sobre la ley de emergencia” - LL - 20/1/2020 y elDial.com - 3/2/2020 con anexo del año 2002

342 Richard, Efraín H.: “Personalidad jurídica y responsabilidad de sus miembros” - Revista del Código Civil y Comercial”, mensuario de LL - primera sección “En debate”, tema específico “Personas jurídicas” desde la perspectiva del nuevo CCyCo., codirector Pablo Heredia - Bs. As. -Año IV - N° 4 - mayo/2018 - págs. 67 a 107

debía ser controlado o determinado por el funcionario de control o por los administradores<sup>343</sup>. Entendemos que ello corresponde originariamente a los socios constituyentes y luego a los administradores por su responsabilidad ex ante, o sea, por sus deberes de diligencia, para evitar que se genere una responsabilidad resarcitoria ex post. Esto lo puso de relieve el erudito voto de Pablo Heredia en el caso “Interindumentaria SRL”, donde ante la infracapitalización material puso el déficit concursal en cabeza de sus socios, sin recurrir al recurso de la “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, que -en otros casos- ha sido la vía para imputar esa responsabilidad a los controlantes<sup>344</sup>.

Se trata a la postre de la función de operatividad del patrimonio social por una parte y el deber de no dañar a los terceros acreedores (contractuales o involuntarios) por la otra.

Sobre ello se remarca que *“la presencia en la ley uruguaya del instituto de la infracapitalización como presunción absoluta de culpabilidad del concurso consagra finalmente la necesidad de que los operadores económicos cuenten con recursos suficientes para desarrollar su actividad. La decisión del legislador -que comienza a plasmarse en sentencias- nos parece positiva, en cuanto contribuye a prevenir la insolvencia y el traspaso indebido de riesgos a los acreedores, así como a evitar abusos y mecanismos perversos que debilitan el crédito, el tráfico comercial y la economía en general”*<sup>345</sup>.

En relación con la insolvencia, lo que adquiere relevancia es la función de garantía del capital social -como lo señala Heredia en el fallo referido-.

Desde su especialidad en sindicatura concursal, la profesora argentina Celina Mena<sup>346</sup>, con una visión contable-económica, señala en relación con la “cesación de pagos” y la “insolvencia”: *“En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo, a nuestro entender, existe una diferencia importante, adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando, además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...”*, o sea, si se hubiera producido la pérdida total del capital social, el activo no es suficiente para satisfacer el pasivo. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social<sup>347</sup>, o sea, incapacidad patrimonial de pagar las deudas.

---

343 Criterio de la IGJ, que corresponde al criterio doctrinario de su actual Inspector el jurista Ricardo Nissen y con el que discrepamos cordialmente por ser un tema que hace a la responsabilidad de los socios, como puede verse del voto de Pablo Heredia en el caso “Interindumentaria SRL”

344 El dictamen fiscal de la Prof. Gabriela Boquin y el fallo del 4/2/2020 con el erudito voto del Prof. Pablo Heredia puede verse en la revista electrónica “Estudios de Derecho Empresario” - N° 20 - 2020 - UNC

345 Chalas Sanz, Laura L.: “La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya” - Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones - N° 253 - marzo-abril/2012 - pág. 531 y ss. Indicando que el numeral 2 del art. 193 de la ley concursal uruguaya establece la siguiente presunción absoluta: “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado”. Sobre sanciones a socios y administradores por infracapitalización, puede verse Junyent Bas, Francisco y Chiavassa, Eduardo N.: “La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores” Libro de ponencias de las Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría - Bs. As. - 2011 - pág. 30

346 Mena, Celina M.: “Cesación de pagos versus insolvencia” en “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” - Ed. Lerner - Cba. - 2008 - Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y “La empresa en crisis” - Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores: E. Daniel Truffat, Marcelo Barreiro, Carlos R. Antoni Piossek y Ramón Vicente Nicastro

347 Richard, Efraín H.: “La empresa: su organización y crisis” - RDCO - N° 253 - marzo-abril/2012 - pág. 407

Casadío Martínez, con doble perspectiva profesional, refiere a esa cuestión: *“Postulando que no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquella constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiendo por tal un pasivo superior al activo...”*<sup>348</sup>. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social -insolvencia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

Hemos explicado<sup>349</sup> que *“la doctrina, en general, emplea de manera indistinta, las expresiones ‘insolvencia’ y ‘cesación de pagos’. Esto es un grave error. La insolvencia es sinónimo de pérdida de capital y es un fenómeno económico, mientras que la cesación de pagos es un fenómeno financiero que no necesariamente está asociado a los resultados económicos”*. Y hemos referido que la definición de insolvencia también encuentra su definición en el U.S. Code of Bankruptcy, que así la define: *“El término ‘insolvente’ significa: (A) En relación con una entidad distinta de una sociedad persona y de una municipalidad, la situación financiera en la cual la suma de las deudas de dicha entidad es mayor que todos sus activos, valorizados en forma justa*

*... (B) Con referencia a una sociedad de personas, la situación financiera según la cual la suma de las deudas de esa sociedad de personas es mayor que el total de: (i) la totalidad de los bienes de esa sociedad de personas valorizados en forma justa ... y (ii) la suma del excedente del valor de los bienes no societarios de cada uno de los socios solidarios...”*<sup>350</sup>

Cotejando los trabajos de Siegbert Rippe<sup>351</sup> y de Miguel C. Araya, es claro que no es fácil definir o converger en la idea de insolvencia: *“No resulta necesariamente claro e indubitable el sentido de la palabra ‘insolvencia’ en la normativa hasta aquí considerada”* -la ley concursal uruguaya-, particularmente por su definición en el Diccionario, pero ante la “pérdida total del capital social”, pese a que podría darse que la sociedad cumple con los pagos actuales, es claro que su patrimonio activo en ese momento determinado no es solvente para atender o afrontar la totalidad del pasivo. Por ello podría indicarse la situación como de “insolvencia”, convencionalmente, para distinguirla de la “cesación de pagos”, que puede derivar simplemente de que el activo ordinario es menor al pasivo ordinario.

Nos inclinamos por las interpretaciones contables en torno a no perder el sentido de las

---

348 Casadío Martínez, Claudio A.: “Informes del síndico concursal” - Ed. Astrea - Bs. As. - 2011 - págs. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada a la CNCom. - Sala B - 24/3/1981, LL - 1981-C-615

349 Fushimi, Jorge F.: “Insolvencia, pérdida de capital, cesación de pagos y otras cuestiones vinculadas” - VIII Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro de la República - Córdoba - 28 y 29/4/2016. Publicada en la revista de ponencias de la Jornada, págs. 5 a 14. Y posteriormente en Fushimi, Jorge F.: “La pérdida del capital social, insolvencia y operación acordeón a partir del anteproyecto de reforma a la ley general de sociedades” - XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - Libro de Ponencias del Congreso (“Hacia un nuevo derecho societario”) - Ed. Advocatus - Cba. - 2019 - T. III - págs. 1953/64

350 En la versión original (partes pertinentes): Chapter 1: General Provisions; Section 101: Definitions: “The term ‘insolvent’ means— (A) with reference to an entity other than a partnership and a municipality, financial condition such that the sum of such entity’s debts is greater than all of such entity’s property, at a fair valuation ... (B) with reference to a partnership, financial condition such that the sum of such partnership’s debts is greater than the aggregate of, at a fair valuation— (i) all of such partnership’s property, exclusive of property of the kind specified in subparagraph (A)(i) of this paragraph; and (ii) the sum of the excess of the value of each general partner’s nonpartnership property, exclusive of property”

351 Rippe, Sigbert: “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del estado de insolvencia y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal” en Anuario de Derecho Comercial - N° 14 - Ed. Fundación de Cultura Universitaria - Montevideo - marzo/2012 - pág. 9 y ss., que nos fuera obsequiado por su Director Ricardo Olivera García en ocasión de nuestra disertación en Montevideo en la Semana Académica - 23/11/2012, en que nos referimos a la preconcursalidad en análisis de las legislaciones societaria y concursal uruguaya y latinoamericana, dejando trabajo para su publicación

previsiones societarias en el ámbito concursal no para la apertura del concurso, sino para determinar responsabilidades y compatibilidades. Teniendo siempre en claro que se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles son en las sociedades: 1. el patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea, patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. el activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero cataloguémoslo a los fines de un pensamiento doctrinal como “insolvencia” y a lo segundo como “cesación de pagos”.

Habiendo advertido sobre la terminología de las leyes argentinas y uruguayas, cesación de pagos e insolvencia como presupuesto objetivo para abrir un proceso concursal, corresponde lógicamente el análisis de las normas societarias que imponen conductas y responsabilidades a administradores y socios, y que trascienden del ámbito societario al concursal.

Las expresiones anticipadas introducen en el tema central la existencia de un derecho societario para paliar las crisis económico- financieras-patrimoniales. Y ahora nos preguntamos: ¿también deberemos pensar en un derecho de crisis del fideicomiso?

En este estado, destacamos la posición del jurista uruguayo Camilo Martínez Blanco<sup>352</sup>, que acota el tema: *“En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso”*, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerro<sup>353</sup> en su profundo análisis del tema que nos ocupa. Por lo pronto, en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras, siempre había sido la “cesación de pagos” su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones... Históricamente, el primer significado de “cesación de pagos” fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia.

Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento, pero se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido. Son las *teorías intermedias* las que sostienen que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos. El presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó “estado de crisis”, “estado de preinsolvencia”, “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”. De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal, se puede definir en lenguaje técnico como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente). La mayoría de los autores españoles admiten el “desbalance” o sobreendeudamiento como un *“desequilibrio patrimonial -pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos”*<sup>354</sup>. Por ello abogan por *“un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del*

352 Manual de Derecho Concursal - 2ª ed. revisada, actual. y ampl. - Ed. Fundación de Cultura Universitaria - Montevideo - 2012 - pág. 150 y ss.

353 Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal - Directores: García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Esquerro, Juana - Dilex SL - Madrid - 2003

354 Fernández de la Gándara, Luis: “Comentarios a la ley concursal” - Ed. Marcial Pons - Colección Garrigués - Madrid - 2004

*concurso las situaciones coyunturales de iliquidez*". Reiteramos que para nosotros es importante el "desbalance" como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española, sobre todo) no alcanza. Pero, además, si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo), por lo que las dificultades son graves ... importa mucho el llamado *desequilibrio aritmético* o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo, pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer la garantía común de los acreedores. Puede haber insolvencia incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que este concentra los compromisos de pagos en el corto plazo. De ahí la importancia de introducir el tema de la "insolvencia negocial". La profesora española Marta Prats Marquina<sup>355</sup> habla con muy buen criterio de la "insolvencia negocial", entendiéndola por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la "insolvencia patrimonial", ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible). Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina, ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata.

Parece fundamental la reflexión conclusiva expresada en tanto que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica -informe Winter<sup>356</sup>, tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: que "soportar las pérdidas" es a cargo de los socios, y las normas -¿imperativas?- congruentes que integran la legislación específica se enderezan a ello, como lo sostendremos en este ensayo.

Así como existe una tendencia doctrinal que sostiene la necesidad de enfocar el sobreendeudamiento de las personas humanas, particularmente empleados y jubilados, es fundamental determinar que, por lo menos en nuestro país, se hace necesario identificar normas que regulan las crisis societarias y que particularmente tienden a que socios y administradores resuelvan esas cuestiones sin dañar a los terceros.

## **V - CESACION DE PAGOS, INSOLVENCIA**

Las expresiones jurídicas "cesación de pagos" e "insolvencia" tienen alguna otra apreciación desde lo contable y lo jurídico.

Para avizorar la cesación de pagos, se impone que las sociedades en sus balances anuales refieran los activos corrientes y los pasivos corrientes que se generaran en el año en curso. Si los activos corrientes no son suficientes para atender los pasivos corrientes, los administradores deberán buscar recursos para que la sociedad no caiga en cesación de pagos. Capitalización, préstamos. O presentarse en concurso preventivo, para lo que no hay un plazo concreto al igual que

---

355 Prats Marquina, Marta: "Insolvencia y crisis económico: su reflejo en el derecho concursal" - R. G. D. - Madrid - 1998

356 Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas

en otros países.<sup>357</sup>

A su vez, el mismo balance puede indicar al margen que el activo corriente sea suficiente para atender el pasivo corriente, que el patrimonio activo de la sociedad es inferior al patrimonio pasivo, lo que indicaría -salvo errores de valuación- que a la postre la sociedad no podrá atender todo el pasivo y estará en insolvencia.

Pero no desanimemos a los socios, quizá la sociedad puede ser viable si tiene medios para generar disponibilidades que vayan satisfaciendo las obligaciones exigibles en años futuros y superarse la insolvencia. A su vez, teniendo un patrimonio activo muy alto, la sociedad puede caer en cesación de pagos por ser sus activos de difícil realización y estar vinculados necesariamente a la consecución del objeto social.

## **VI - CAUSALES DE DISOLUCIÓN QUE NO IMPLICAN LIQUIDACIÓN**

Estos últimos temas son afrontados por la ley societaria preventivamente, generando causales de disolución, que no imponen la liquidación como en otros países, pero sí agravan la responsabilidad de administradores y socios de control. La imperatividad y preeminencia de normas genera las soluciones. El artículo 96 de la LGS de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que puede generar daño y, por consiguiente, responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse - generando una regulación procedimental, que otorga tiempos y espacios para decidir-, pero sin autorizar a generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa<sup>358</sup>. Deben optar<sup>359</sup>, pues, para no incurrir en una antijuridicidad y, de existir daño, deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p. ej., la capitalización, e incluso concursarse, pero sin alterar las opciones imperativas de esa norma.<sup>360</sup>

---

357 Gerbaudo, Germán E.: "La prevención de la insolvencia, los deberes de los administradores societarios en la evitación del daño y su responsabilidad concursal ante la falta de una oportuna presentación en concurso"- Doctrina Societaria y Concursal - Ed. Errepar - N° 387 - febrero/2020 - Bs. As. - pág. 93

358 Muiño, Orlando M.: "En torno a la indisponibilidad de la disolución por pérdida del capital social" - Crisis y Derecho - T. 1: "Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresarial" - Ed. Fespresa - Cba. - 2015 - pág. 124: "El segundo aspecto (disolución ipso jure) puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96, LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social 'si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento'. La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 in fine, LGS) ... Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCyCo., implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social". Ricardo Olivera García en ap. III: "El orden público en la ley de sociedades comerciales" de su libro "Estudios de Derecho Societario" - Ed. Rubinzal Culzoni - Santa Fe - 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino a partir de discernir: ¿cómo se determina cuando una norma es de orden público?

359 Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la "Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico". En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96, LGS

360 La Corte constitucional colombiana, en sentencia T-597, definió de la siguiente manera estos conceptos: "Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir, las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra, pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas".



La cuestión se desata por la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes de la sociedad, situación que podría derivar en quiebra. Los aspectos patrimoniales no siempre tienen exteriorización clara, como ya hemos anticipado. Estamos intentando distinguir<sup>361</sup> entre “cesación de pagos” e “insolvencia” para reflexionar sobre la responsabilidad de administradores y socios de control ante su avizoración, apareciendo contradicciones entre expresiones legales y realidad, pues a veces los activos están inmovilizados y hay patrimonio suficiente, pero no flujos de caja para atender el pasivo exigible. En otros casos, hay suficiente flujo de caja, pero un patrimonio inexistente, y así múltiples expresiones de la funcionalidad de un patrimonio. Pero esas exteriorizaciones imponen normas de resguardo que, sin imponer conductas, generan un cambio de responsabilidad acorde con la disposición legal de que los socios asumen el riesgo y las pérdidas, si el negocio se frustra. Las situaciones que hemos descrito no necesariamente llevan a la sociedad a una liquidación o a una situación concursal<sup>362</sup>. Por ello coincidimos con las expresiones de realidad que señala Olivera García<sup>363</sup> en similar sentido.

La ley concursal, ante el mero estado de cesación de pagos, permite anticiparse a las causales de disolución y evitar la situación de insolvencia que genera una zona de responsabilidad para administradores y socios de control, conforme la previsión del artículo 99 de la LGS, integrable por el artículo 150 del CCyCo. con la determinación del artículo 167 in fine, CCyCo.

## **VII - PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL**

Se suele equiparar insolvencia con la causal de pérdida del capital social en un balance y, salvo

---

361 “Art. 94, LGS - Disolución: causas. La sociedad se disuelve: ... 5. Por pérdida del capital social ... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración, de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos”. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas” - Ed. Fespresa - Cba. - agosto/2010 - págs.183, 185, 393, 427, 461, 465, 581

362 La homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad, ni genera su novación. El art. 167, CCyCo. in fine remarca para todas las personas jurídicas privadas el principio societario enmarcado en el art. 99, LGS y, si ha existido un fraude a la ley societaria, esa resolución no altera su juridicidad, conforme criterio de la CSJN en el caso “Provincia de Chubut c/Centrales Térmicas Patagónicas SA”, donde apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general ... se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (fallo del 12/7/2001). Se impone así la problemática soslayada en los procesos concursales de sociedades: la interacción del derecho societario y el concursal. Visión práctica y sociológica que nos ha hecho pensar con el Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga en “El contraderecho”, o sea, en las costumbres contra legem que se desenvuelven en esos procesos para transferir en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. “El abuso y el fraude” - VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - Tucumán - septiembre/2012 - T. 1 pág. 367

363 Olivera García, Ricardo: “La insolvencia empresarial y la eficacia de la herramienta concursal” en “Estudios de Derecho Concursal. Diez años de la ley de concursos y reorganización empresarial” - Directores: Alejandro Miller, Alicia Ferrer, Zamira Ayul - pág. 31 y ss., realiza una relativización muy importante sobre estos aspectos, los que indirectamente comentamos de seguido. Nosotros también divagamos sobre ello, en aspectos responsabilizatorios más que patrimoniales en la misma obra colectiva “Diez años no es nada, pero en derecho concursal es mucho... Concurso de persona jurídica: la función de garantía del patrimonio” - T. II - págs. 1367 a 1444

supuestos como los que hemos dejando de resalto, así debe entenderse<sup>364</sup>. Por eso la ley de emergencia económica del 23/12/2019 suspendió por un año esa causal, ante la situación de crisis generalizada que ahora aparece expandida por la inactividad comunitaria.

Por eso pasa a tener relevancia en similar aspecto patrimonial la causal del artículo 94, inciso 4), de la LGS de *“imposibilidad sobreviniente de ... la consecución del objeto”*, y ello debe atarse inescindiblemente a un juicio de valor sobre la *“viabilidad económica”* de la sociedad que realiza ese *“objeto”*, que impone la nueva redacción del artículo 100 de la LGS. Aquella norma original de la ley 19550, en su versión del año 72, fue asumida para todas las personas jurídicas en el artículo 163 del CCyCo. con una concepción diferente, pues no distingue causales de disolución de etapa de liquidación de la LGS, usando directamente la imposición de *“se disuelve”* por esa imposibilidad sobreviniente en el inciso c). Imposibilidad sobreviniente que puede tener múltiples razones, pero que nosotros la estamos encarando en este momento de imposibilidad de carácter patrimonial financiero. A su vez, el artículo 163 del CCyCo. agrega como apartado I *“el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”*.

En este punto, las expresiones adquieren cierta aparente coincidencia con la causal de liquidación del fideicomiso.

El centro de la cuestión, el valor tutelable, es *“la conservación de la empresa viable”*, remarcable nuevamente hoy en medio de la pandemia sanitaria y patrimonial general por la Directiva Europea 2019/1023 del 20 de junio del año pasado.

## **VIII - LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO: UNA DIGRESIÓN PREVIA SOBRE SU CONCURSALIDAD PREVENTIVA**

Aunque no es el objeto de este ensayo, no podemos soslayar ese tema, antes de ingresar al aspecto que nos convoca: la necesaria judicialización de la liquidación de un fideicomiso.

Aparece como previa la cuestión de la posibilidad de que se abra un concurso preventivo o que se permita la homologación judicial de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial como una solución a la liquidación por insuficiencia del patrimonio fideicomitado. Recuérdese la posibilidad de concursar preventivamente a una sociedad ya en liquidación, conforme artículo 5 de la LCQ, solución que hemos ponderado.

Una parte de la doctrina lo niega<sup>365</sup>. El fundamento de la negativa está dado por: a) la falta de personalidad jurídica del fideicomiso; b) la no inclusión del fideicomiso entre los sujetos concursables y c) el fracaso del concurso y el incumplimiento del acuerdo preventivo tienen como consecuencia la declaración de quiebra, vía esta expresamente vedada para la liquidación del

---

364 Tratamos el tema de infracapitalización e insolvencia en Fushimi, Jorge F.: *“La responsabilidad de los administradores en la quiebra por infracapitalización de la fallida”* - comentario al fallo *“Interindumentaria SRL (s/quiebra) c/Fábricas, Ernesto Emilio y otros s/ordinario”* - CNCom. - Sala D - 4/2/2020 - DSCE - N° 390 - mayo/2020

365 Por ejemplo: Arduino, Augusto H. L.: *“Liquidación del fideicomiso”* - RCCyC - octubre/2019 - 181; David, Marcelo A.: *“Liquidación de patrimonios fideicomitados en el Código Civil y Comercial”* - RDCO - 27 - 1705 (quien no admite el concurso preventivo, pero sí el acuerdo preventivo extrajudicial, aunque -entendemos- habrá de ser sin homologación judicial). Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V.: *“La insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el proyecto de Código Civil y Comercial”* - SJA - 16/7/2014 - 29; JA - 2014-III: *“El régimen proyectado continúa sin prohibir expresamente la vía del concurso preventivo, que una doctrina aislada considera viable en el sistema actual. Entendemos que la interpretación mayoritaria de la doctrina y los precedentes se impondrán en el sentido de que tampoco será viable en el nuevo régimen”*. Lisoprawski, Silvio V.: *“Concurso preventivo del patrimonio fiduciario”* - Diario LL - 19/10/2015 - 1; LL-2015-E, 1205

fideicomiso.

Otra parte de la doctrina, acepta la concursabilidad, tal el caso de Junyent Bas y Giménez<sup>366</sup>, entre otros autores<sup>367</sup>. Nos explicamos: a) La personalidad o falta de personalidad, o el carácter meramente contractual del fideicomiso, no es óbice para la procedencia del concurso preventivo<sup>368</sup>. Si consideramos que el patrimonio del fallecido y los bienes existentes en el país por personas residentes en el extranjero son pasibles del concurso, concluimos que la personalidad jurídica no es un requisito de concursabilidad<sup>369</sup>. b) La no inclusión en el artículo 2 tampoco es requisito para la concursabilidad. Ni siquiera la exclusión es verdaderamente excluyente, tal lo que ocurre con las asociaciones mutuales que, pese a estar expresamente excluidas, la propia ley 20321 en su artículo 37 las incluye. c) El que no pueda declararse la quiebra, tampoco obstaría al concurso del fideicomiso, a condición de que ante el fracaso del concurso o su incumplimiento no se declare su quiebra, sino su liquidación judicial.

Quizá lo más preocupante es la posibilidad de imponer por una incidental mayoría las soluciones a los demás “acreedores” del patrimonio fideicomitado.

### **IX - SOBRE LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO VERSUS PLAN DE LIQUIDACIÓN PRIVADO**

Llegamos a nuestro propósito: la liquidación judicial del fideicomiso. La expresión normativa, que repetimos, del artículo 1687 del CCyCo.: “*La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a esas obligaciones ... contraídas en la ejecución del fideicomiso*” -del primer párrafo- genera que, “*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*”, ¿es equiparable a las locuciones o casos que hemos planteado? Algún parecido tiene, salvo disposiciones en la constitución del fideicomiso. Pero más que a una cesación de pagos deberíamos vincularlos a la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo o a la insolvencia<sup>370</sup>, o a las previsiones del artículo 163 del CCyCo.

---

366 Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I.: “La insuficiencia del patrimonio fideicomitado” - RDCO - 296, 643: “Por nuestra parte, creemos con total convicción que el patrimonio fiduciario como tal es concursable y apelable y, ante la frustración de dichos procesos, procederá la liquidación, tal como lo establece el código. Esta solución que propiciamos consideramos que en muchos casos podrá ser más favorable al interés de todos los sujetos intervinientes en el contrato, como para los acreedores, pues admitirá ‘recomponer la situación patrimonial’ para continuar con el giro empresarial”

367 Entre los que podemos encontrar a Larrondo, Evangelina y Wetzel, Fernando: “La aplicación de las normas concursales al fideicomiso” - RDCO - 282, 3; Molina Sandoval, Carlos M.: “La registración del fideicomiso” - Diario LL - 28/3/2016, 1; LL - 2016-B, 905: “El fideicomiso no quiebra, pero no importa necesariamente que no pueda presentarse en concurso preventivo, bajo la sanción de que su incumplimiento (o algunos de los supuestos que originen la quiebra indirecta) no dé lugar a una quiebra sino a una liquidación judicial en los términos del mencionado dispositivo”. Molina Sandoval, Carlos A.: “La liquidación del patrimonio fideicomitado en el nuevo Código” - Diario LL - 8/7/2015, 1; LL-2015-D, 1212

368 En similar sentido parece inclinarse Truffat, Daniel E.: “El concurso preventivo del fideicomiso insolvente, el golem y la sabiduría del rey Canuto” - Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE) - mayo/2020 - Bs. As.

369 El 4/3/2020, en la sesión inaugural del año académico 2020, en el Instituto de Derecho Comercial de la UNL -instituto del departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho UNC y del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-, sobre la temática del fideicomiso, uno de nosotros sostuvo las semejanzas del fideicomiso con una persona jurídica al ostentar un patrimonio, nombre y domicilio, representación orgánica e identificación tributaria -CUIT-, y de cómo en nuestro país es una decisión del legislador personificar o no (Richard), en la disertación de José Fernando Márquez, posterior, este coincidió con esa semejanza

370 En sentido contrario: Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I.: ob. cit., quienes sostienen: “Así, la ‘insuficiencia’ nominada la norma del CCyCo. resulta el mismo concepto que la cesación de pagos de la ley concursal”. Al respecto, discrepa Reggiardo, Roberto S.: “El fideicomiso en el proyecto de Código Civil y Comercial” - DCCyE - octubre/2012 - 239; Sumario: capítulos 30 y 31, al sostener: “El último párrafo de la norma proyectada conserva la criticada disposición de la

Quizá los bienes aparentemente insuficientes podrían generar rentas para satisfacer las obligaciones a no muy largo plazo, o la colaboración de los que se perjudicarían con una liquidación de los bienes podría solucionar el problema, aunque no estuviere previsto inicialmente.

Estamos frente a una frustración del negocio. No es la imposibilidad absoluta de llevar adelante el fideicomiso, sino la insuficiencia de bienes para atender las obligaciones.

En el primer caso, parecería aceptada la liquidación privada, aunque quizá sea judicializada por controversias.

Y, para el caso de insuficiencia para atender las obligaciones “contraídas en la ejecución”, parece conveniente referirse a la actuación del fiduciario y de su plan de negocios para pensar en las vías de liquidación.

Se hace necesario hacer una aclaración previa sobre la rendición de cuentas: el artículo 1675 del CCyCo. pone en cabeza del fiduciario la obligación de rendir cuentas con una periodicidad no mayor a un año, obviamente en los supuestos que ameriten dicho plazo. Esta obligación no puede ser dispensada contractualmente (art. 1676, CCyCo.), asumiendo así la obligación, el carácter de norma imperativa de orden público. Esa rendición de cuentas, conforme al artículo 859 del CCyCo., debe ser realizada:

a) de modo descriptivo y documentado; b) incluyendo las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión (¿memoria de la gestión?); c) debidamente documentada y d) concordar con los libros que lleve quien las rinda.

El reenvío de normas determina que el fiduciario está obligado a llevar libros (o registros contables) conforme a derecho, lo cual se condice de manera plena con la disposición del artículo 320 del CCyCo., que prevé que están obligadas a llevar registraciones contables todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

Dados los requisitos de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, y a que el contrato debe inscribirse en el Registro Público (cfr. art. 1669, CCyCo.) y si, como explicamos, está obligado a llevar registros contables a los fines de la rendición de cuentas, la misma no podrá realizarse si no es a través de la presentación de estados

---

LF de mantener la insuficiencia patrimonial del fideicomiso fuera del régimen falencial ordinario. Incluso deja abierta alguna duda sobre la posible asimilación de los conceptos de insuficiencia patrimonial con estado de cesación de pagos, definición esta suficientemente establecida en Argentina y por la cual hubiera sido conveniente optar expresamente”. Lisoprawski, Silvio V.: “El fideicomiso y los legitimados para petitionar la liquidación judicial del patrimonio fiduciario ‘insuficiente’. Requisitos y características” - Diario LL - 26/9/2018, 1; LL - 2018-E, 894: “La petición del fiduciario deber ser examinada a través de la acreditación de los hechos reveladores de la ‘insuficiencia’ del patrimonio fideicomitado para afrontar con medios regulares de pago las obligaciones que se generaron para cumplir con la finalidad del contrato, es decir, un verdadero estado de insolvencia. Caracterizado, recordando un concepto de Provinciali, que las obligaciones se cumplen de acuerdo con lo que es de regla en el tráfico comercial. Así, podría haber regularidad en los pagos, pero provenientes de medios irregulares o ruinosos que disimulan una situación de ‘crisis terminal’, deteriorando aún más el patrimonio fiduciario”

contables<sup>371</sup>, conforme a la regla del artículo 326 del CCyCo.<sup>372</sup>, lo que implica que por lo menos en ese momento debe advertir la crisis de la gestión encomendada.

Coherente con ese principio, la reciente directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20/6/2019, en su considerando 22, remarca: *“Cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Debe facilitarse información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva, así como sobre una o más herramientas de alerta temprana, con el fin de incentivar a aquellos deudores que empiezan a sufrir dificultades financieras a que tomen medidas a tiempo. Las herramientas de alerta temprana que adoptan la forma de mecanismos de alerta que indican cuándo el deudor no ha efectuado determinados tipos de pago podrían activarse, por ejemplo, debido a un impago de impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social”*.

Existiendo contabilidad, registros contables y estados contables, la rendición de cuentas no solo se debería limitar a brindar información de lo pasado, sino también a hacer una razonable estimación de las perspectivas futuras en lo inmediato, lo cual no solo implica informar de hechos acaecidos, sino trazar planes de acción y hacerlos conocer a los interesados (fiduciantes, beneficiario y fideicomisario), y tomar consciencia el fiduciario de las posibles dificultades.

Por ello, la pregunta es si la norma conlleva a una obligación ineludible, una imperatividad para el fiduciario, y si este no podría haber intentado generar -como sostenemos para las sociedades- un plan de liquidación privado que pudiera ser aceptado por todos los interesados<sup>373</sup>.

---

371 Papa, Rodolfo G.: “El tratamiento contable del fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación. Una aproximación para abogados y contadores” - Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE) - T. XXVII - enero/2016: “Ahora bien, esta obligación de rendir cuentas a cargo del fiduciario, que replica el CCyCo. como principio general, debería materializarse a través de la confección de los estados contables del fideicomiso, siguiendo los lineamientos del informe (CPCECABA) 28/1997, y deberá necesariamente adecuarse a la normativa que sobre el particular también ha incorporado la nueva codificación unificada en lo referido al tratamiento de la contabilidad y los estados contables. De acuerdo con lo previsto por el art. 1675, CCyCo., el fiduciario, a través de la elaboración de los estados contables del fideicomiso, en su posicionamiento como administrador de un patrimonio fideicomitado, cumplirá con su obligación de rendir cuentas a través de la observancia de una serie de deberes contables”

372 Un razonamiento similar hicimos para las sociedades de la Sección IV en Fushimi, Jorge F.: “La contabilidad y la rendición de cuentas en las sociedades no constituidas regularmente o simples” - XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso de Derecho Societario y de la Empresa - publicado en el Libro del Congreso: “El Derecho Societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado” - Ed. Advocatus - Cba. - 2016 - T. II - pág. 1171

373 En igual sentido que nosotros, razona Lisoprawski, ob. cit.: “...Si bien este último artículo aparenta imponer el remedio judicial de la liquidación ‘...a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales...’ (art. 1687), pensamos que esa vía no es excluyente de otras. El contrato de fideicomiso puede prever otros medios o facultades del fiduciario para superar el estado de ‘insuficiencia’. No solo resulta de la inteligencia de la propia figura, montada sobre una base contractual, sino que expresamente se lo autoriza el art. 1704, CCyCo.: ‘Facultades. El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas’. Sería contradictorio, además de disfuncional, que el art. 1687 imponga una limitación tan estrecha acerca del origen de los recursos para salir de una situación patológica de carácter terminal, que evidencia tal vez el mayor fracaso del negocio fiduciario, mientras otra (el citado art. 1704) le reconoce al fiduciario facultades basadas en las estipulaciones del contrato y la finalidad del fideicomiso que encabeza. Esas otras vías para salir del estado de ‘insuficiencia’ deben tender inequívocamente a sanear el patrimonio en crisis, no ser irregulares, no agravar la insuficiencia disimulándola, ni menos ser ruinosas, porque de lo contrario iría contra el art. 1674. El art. 1704 citado debe jugar armónica y coherentemente con la pauta de actuación impuesta en aquel artículo, que marca la conducta profesional debida por el fiduciario y su responsabilidad agravada”

El CCyCo. no se cierra a esta opción: el propio artículo 1687 prevé 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...”*. De tal manera, es admisible que el fiduciario, buen y diligente hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, plantee -con límite en los compromisos que pudieran asumir los fiduciantes y beneficiarios- un plan de negocios que tome como plataforma la contabilidad que sostenemos más arriba, que está obligado a llevar, y que bajo ese plan presente una modalidad de liquidación satisfactoria para los intereses de todos.

En esa forma de liquidación, hasta quizá resulte compatible con la modalidad prevista por fiduciante y beneficiarios para proveer recursos, y también con el interés de los acreedores en el cumplimiento del objeto del fideicomiso.

La directiva (UE) 2019/1023 prevé en su considerando 24 que *el marco de reestructuración debe estar a disposición de los deudores*, entre ellos, las entidades jurídicas y, si así lo dispone la normativa nacional, también las personas físicas y los grupos de empresas, para que puedan hacer frente a sus dificultades financieras en un momento temprano, cuando resulta posible prevenir su insolvencia y garantizar la viabilidad de las actividades empresariales. *El marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador. A fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la insolvencia inminente y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial.* Entendemos que nada obsta a que la misma regla pueda aplicarse a un patrimonio de afectación específica que es administrado por un leal y diligente buen hombre de negocios.

Aparece nuevamente la idea de “renegociación” impuesta para los contratos de larga duración en el artículo 1011 del CCyCo., y que venimos sugiriendo que se adopte como escudo obligatorio por una norma legal que, generando un escudo, evite una saturación de la judicialización, dando un marco temporario suficiente para “renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”, lo que sin duda evitaría consecuencias insospechadas, y es integrable conforme los artículos 2, 8 y 10 del CCyCo.

Y esa renegociación no debería excluir al fideicomiso, o sea, permitir al fiduciario negociar con acreedores, fiduciante y beneficiarios.

Claro que el Gobierno debería actuar muy rápido, antes de que finalice este extraordinario receso judicial, quizá siguiendo las recomendaciones que formalizó el 5 de mayo el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México), generando un escudo protector para la continuidad ordenada de los negocios, tratando de evitar concursalidad y liquidaciones cuando hay un pronóstico de viabilidad de la actividad empresarial.

No es tarea fácil frente a la impredecibilidad de los efectos de la crisis, pero hay que intentarla.

## **X - MÁS PREGUNTAS Y DUDAS**

Un disparador de este trabajo fueron dos sesiones del Seminario Anual del Instituto de Derecho

Comercial del día miércoles 22/4/2020 sobre el tema “Liquidación judicial del fideicomiso” por los profesores Sergio Ruiz, Eduardo Chiavassa y Marcelo Villoldo; decidiendo postergar la conclusión de este ensayo hasta oír, dentro del mismo Seminario Anual, el día 29/5/2020, la disertación sobre Régimen de Liquidación de Patrimonios Fiduciarios por la profesora doctora Silvana María Chiapero, también emitida por vía electrónica, atento a las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Luego de oír estas exposiciones, claras y medulosas, se dispararon nuevas dudas respecto de este complejo instituto, con numerosas zonas grises. Planteamos algunas:

¿Quién insta la liquidación judicial del fideicomiso? ¿Solo el fiduciario? ¿No puede ser ejecutado? La jurisprudencia de Córdoba ha dado respuesta a esta inquietud. En el caso “Fideicomiso Inmobiliario Panorámico Liquidación Judicial (mutuales - cías. de seguro)”<sup>374</sup> del 25/4/2018, se admitió que un tercero que había recibido cheques de pago diferido que fueron rechazados solicite la liquidación judicial del fideicomiso, estableciéndose además que el proceso abreviado era inadecuado para el proceso liquidatorio del fideicomiso. Ya, con anterioridad, la justicia de primera instancia, en fallo firme, se había pronunciado de manera tal que no cerraba la puerta a que un tercero pudiera solicitar la liquidación judicial del fideicomiso, en el caso “Fideicomiso Montevideo I o Toulouse I s/liquidación judicial (mutuales - cías. de seguro)”<sup>375</sup>, al expresarse que “*el fiduciario es el principal legitimado para demandar la liquidación del patrimonio del fideicomiso, en tanto es el responsable de su administración*”. Evidentemente, la expresión “principal legitimado” no cierra la puerta para que otros legitimados también puedan hacerlo.

La siguiente duda parte de una situación de analogía con las sociedades: así como las causales de disolución de una sociedad no implican la liquidación, y la liquidación no implica que sea judicial. ¿Similar situación no se da en el fideicomiso?

Nos afirmamos en lo anticipado reiterando una explicación que sostenemos hace tiempo y que parece confundir a la doctrina: la constatación de una causal de disolución no implica la liquidación, solo altera la responsabilidad de los administradores y socios de control si se genera daño. Si alguna duda existía sobre este tópico, el artículo 100 de la LGS, introducido por ley 26994, debió despejarlas. Por otra parte, la liquidación extrajudicial, ordenada, transparente, con rendición de cuentas y en un marco de negociación de buena fe, cuando los bienes fueran insuficientes, haría menos oneroso al proceso liquidatorio. No debe soslayarse el costo judicial como óbice insuperable para la obtención de los mejores resultados en un proceso liquidatorio. Claro está que para ello no debe haber un acreedor o legitimado pasivo insatisfecho con esa solución que requiriera la apertura de la liquidación judicial, aunque de ello deriven más perjuicios.

¿No puede el fiduciario hacer una renegociación de buena fe con los acreedores, el fiduciante y los beneficiarios? Ya nos hemos anticipado por la respuesta afirmativa. Desde el mismo momento en que el artículo 1687 del CCyCo. autoriza -como medida sustitutiva de la liquidación judicial- que

---

374 “Fideicomiso Inmobiliario Panorámico. Liquidación judicial (mutuales - cías. de seguro)” - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Córdoba - 25/4/2018 - RCCyC - 2018 (octubre), 162

375 “Fideicomiso Montevideo I o Toulouse I s/liquidación judicial (mutuales - cías. de seguro)” - Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 33ª Nominación de Córdoba - 10/7/2017 - RCCyC 2017 (agosto), 15: “El fiduciario es el principal legitimado para demandar la liquidación del patrimonio del fideicomiso, en tanto es el responsable de su administración”. “Habiéndose comprobado la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución del emprendimiento inmobiliario objeto del contrato de fideicomiso y la situación de impotencia patrimonial de aquel, se impone la liquidación del patrimonio fideicomitado de acuerdo con lo establecido en el art. 1628, CCyCo. y con base en las normas de concursos y quiebras en lo que sea pertinente, con control judicial, para garantizar la debida protección de los derechos de acreedores y beneficiarios y demás sujetos eventualmente involucrados en el proceso”

el fiduciario requiera otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, no hallamos obstáculos legales para que todos los involucrados en el fideicomiso puedan entablar una renegociación de buena fe, y que esta pueda llegar a buen fin, evitando la liquidación o aceptando una liquidación privada. Esta situación podría encuadrarse dentro de la previsión del artículo 1710 del CCyCo. de prevenir daño o más daño.

Hay dos supuestos de conflicto: con la fiducia cumplida, pero con deuda pendiente y en cumplimiento de la fiducia y además deuda pendiente. Pero la renegociación podría ser fructífera en ambos supuestos. ¿Debería ser homologada judicialmente? No lo creemos por el valor de la autonomía privada en la contratación y, en tal sentido, la Recomendación I del IIDC. El riesgo resultaría de la omisión de algún perjudicado que, en tal caso, podría entablar una acción de responsabilidad contra los que estime le han generado el perjuicio, incluso la inoponibilidad.

Incluso la deuda podría ser impositiva o previsional, y el fiduciario, con la conformidad del beneficiario o el fideicomisario, podría acogerse a un plan a largo tiempo, dar por cumplida la fiducia y que el beneficiario, fideicomisario o incluso el fiduciante, o todos, la asuman.

Como se verá, hay más dudas que certezas, pero nos gusta arriesgarnos en torno a situaciones polémicas, basados en una

interpretación sistémica, conforme las previsiones del artículo 2 del CCyCo. Por otra parte, siempre sostenemos que en la disidencia se construye el sistema jurídico, pues no puede pretenderse que el legislador norme cuidadosamente todo lo que la actividad empresarial genera.