

HACIA EL CONCURSO DEL FIDEICOMISO**Giovana E. DEL C. CRISTOFARO****INTRODUCCION**

En los últimos tiempos ha subido y se ha instalado en la arena doctrinaria la serie de problemas que plantea el fideicomiso ante su insolvencia, y cómo se vincula este particular instituto con la ley de concursos en general.

Hoy el fideicomiso se usa mas allá de los fines para los cuales fue creado, es el modelo para múltiples objetos comerciales y no solo como financiamiento de la vivienda y la construcción, ha tapado vacíos legales, posibilitando que el sujeto persona física separe parte de su patrimonio para emprendimientos particulares sin necesidad de asociarse en las formas típicas de la ley 19.550, aunque también fue usado como alternativa asociativa, fue ampliamente probado por cadenas de consumo masivo, bancos y empresas como herramienta de fondeo en la poscrisis¹, ha generado un sistema de garantía propio y efectivo, destrabando operaciones comerciales de todo tipo y rango, se metió en la bolsa con electrodomésticos, compra jugadores de fútbol, administra campos, y cualquier negocio o empresa que se proponga el fiduciante, soluciona crisis de entidades deportivas, etc. etc.

Si bien no tiene personería jurídica y para Kiper y Lisoprawsky² solo se trata de un contrato, el fideicomiso cuenta con personalidad fiscal y la legislación tributaria le otorga el carácter de sujeto de ciertos tributos del ordenamiento en virtud de atribuírsele la realización de hechos económicos alcanzados por distintos impuestos. En sus inicios ni siquiera era tenido en cuenta por el Fisco, no tributaba, no tenía clave única de identificación tributaria. Esto también ha cambiado. Como parte de la evolución y desarrollo de las aplicaciones comerciales del fideicomiso, hoy posee CUIT diferencial y propio, y debe tributar como si fuera una persona jurídica.

Ahora bien, siendo nuestro país el tercero de la región que más fideicomisos emite³ (con un volumen del 15%, luego de México con el 40% y Brasil 32%) y habiendo surgido en los tres últimos años antecedentes de liquidaciones judiciales de fideicomisos⁴, incluso una presentación de Fideicomiso en concurso preventivo⁵, estas circunstancias resultan disparadoras de múltiples incógnitas para los operadores jurídicos vinculados al instituto, por lo que considero de suma importancia práctica el desarrollo del tópico elegido. Es entonces que ante el avance sostenido del instituto bajo análisis, el objetivo de este trabajo es desentrañar algunas opciones existentes en caso de insolvencia del Fideicomiso, y encontrar alternativas posibles no contempladas en las leyes 24.522 y 24.441 que puedan resultar aplicables ante la situación de crisis del patrimonio fiduciario.

1 Fernández, Mónica. "Finanzas Fideicomisos llegan a cooperativas y mutuales" <http://www.infobae.com/notas/nota.php?Idx=146873&IdxSeccion=0> 20-10-04. Fecha de última consulta 21/03/2013.

2 Kiper, Claudio M – Lisoprawsky, Silvio V. "Tratado de Fideicomiso", Abeledo Perrot, 3ra. Ed., Bs. As., 2012, T.II, pág. 876.

3 Boente, Paula, "Argentina es el tercer país de la región que más fideicomisos emite", Infobae, ejemplar del 27/6/2006, Sección "Dinero", pág.30.

4 CNCom, Sala E 15/12/2010, "Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación"; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 Secretaría N° 34, 12/09/2011, "Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96S/ Liquidación Judicial".

5 Juz.Nac. de Primera Instancia en lo Comercial N°10, Secretaria N°30, "Fideicomiso Catalinas Blancas I S/ Concurso Preventivo" Expte. N°194894/13.

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INSOLVENCIA DEL FIDEICOMISO. “CONCURSO SIN CONCURSO”. “QUIEBRA SIN QUIEBRA”

Como hemos visto, el patrimonio de afectación constituido por el fideicomiso, al igual que cualquier patrimonio, sin importar el destino para el que fue creado, si se trata de un fideicomiso de administración con mayor razón, tiene la posibilidad de entrar en estado de insolvencia, hasta el punto incluso de resultar insuficiente su liquidación para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo, y dejar de este modo desamparados a los acreedores.

Ante el importante vacío legal imperante en el caso de crisis del fideicomiso, surgen innumerables dudas y problemas, mas aun teniéndose en cuenta que la persona facultada por ley para liquidar es el propio deudor.

Los legisladores parecen no haber casi imaginado que el fideicomiso podría padecer dificultades económicas, o lo que es peor, quizás pensaron que podían evitar dicha situación con sólo impedir legalmente que quiebre. Ante la insolvencia, establecieron un procedimiento de mínima, que no tiene en cuenta cuestiones básicas para su factibilidad y legalidad.

El art.16 de la ley 24.441, establece que:

“...La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará 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, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra;...”.

Del análisis del artículo transcrito podemos advertir que, el procedimiento pautado por la LF para el caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del mismo es: privado y extrajudicial, y su concreción se encuentra en manos exclusivas del fiduciario, una suerte de “paraíso procesal” para el deudor.

Las serias carencias del procedimiento establecido por el art.16 LF se ponen en evidencia ante las siguientes cuestiones:

En primer término, se observa el vacío de la normativa que regula el fideicomiso, al no establecer con claridad un método concreto para compeler al fiduciario a reconocer la “insolvencia” o la “insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones generadas por el mismo fideicomiso”, frases que -sin entrar en el debate generado en torno a ellas- consideramos como sinónimos. No está pautado cómo ni quién puede obligar al fiduciario a reconocer la insolvencia, ni obligarlo a que liquide los bienes antes de que la situación se agrave. Si nos encontramos con un fiduciario remiso, las consecuencias de la insolvencia pueden agravarse sensiblemente.

La LF tampoco estableció método alguno para noticiar a todos los acreedores del proceso de liquidación del fideicomiso, a fin de que concurran a cobrar sus créditos. Es decir que puede darse el caso que solo llegaren a concurrir aquellos que sean efectivamente llamados por el fiduciario, y que falten algunos. Esta falencia en el método de publicidad de la liquidación, no sólo puede dejar afuera del procedimiento a muchos acreedores, sino también incrementar notablemente la cantidad de acreedores “tardíos”.

Y es ahí donde surge otro grave problema de la norma, pues aquellos acreedores que lleguen tarde, luego de la liquidación y del pago, quedarán absolutamente desamparados, con sendas

acciones por iniciar y sin posibilidades serias de cobrar un chelín.

Lo que debiera ser un proceso universal, en el cual se liquide la totalidad de los bienes integrantes del patrimonio fideicomitado y se pague a todos los acreedores del mismo, puede -en la práctica y por imperativo legal- perder esa característica de universalidad que necesariamente debería tener, y terminar en un proceso individual, sin contralor judicial, y con la participación parcial de los acreedores, a voluntad del fiduciario, por ende, viciado desde donde se lo mire.

Otro problema que genera la falta de debida regulación del sistema de liquidación de la LF, ante la insolvencia del fideicomiso, se evidencia ante los conflictos que pudieran surgir en torno a las acreencias: ¿Quién determina cuáles son los acreedores a quienes se debe pagar y cuáles no?, ¿y el monto y privilegio de los créditos?.

Para la LF todo debe hacerlo el mismo sujeto, el fiduciario, quien muy probablemente tuvo algo que ver en el estado de insolvencia en el que hoy se encuentra ese fideicomiso a su cargo. Según el texto actual de la LF es el mismo fiduciario quien debe resolver a qué acreedor debe pagar y cuánto debe pagarle, pues está facultado para ello, salvo que algún interesado en discordia acuda a un juez para que ponga fin a la disputa. Siendo el sistema previsto por la LF: la liquidación y pago por el propio deudor, resulta difícil pensar que este precepto pueda superar cualquier prueba de constitucionalidad.

Analicemos también el problema que se generaría si un fideicomiso debe ser liquidado por encontrarse en insolvencia y tiene embargados sus bienes, ¿cómo puede hacer el fiduciario para vender y pagar?: de algún modo deberá levantar el embargo, para lo cual seguramente deba desinteresar primero al embargante, aunque no respete el orden de privilegios de la quiebra. Salvo que el fiduciario logre una medida cautelar que le permita levantar el embargo -a efectos de poder vender y pagar como le ordena la LF- respetando el orden de privilegios de la LCQ, medida que no será fácil obtener, si tenemos en cuenta los derechos en juego del acreedor embargante.

Mientras tanto, es decir mientras se resuelvan los planteos judiciales: ¿cómo se frenan las ejecuciones individuales contra los bienes fideicomitados?, seguramente los acreedores más diligentes cobrarán primero, aunque no tengan el privilegio para hacerlo, o mejor dicho violando el sistema de privilegios de la ley de quiebras, que si resulta aplicable según el art.16 LF.

Por su parte tanto el fiduciario o el acreedor, en caso de conflicto, seguramente puedan lograr una medida de no innovar hasta tanto se resuelva la disputa sobre la acreencia.

En todos estos casos, aquel sistema simple, privado y extrajudicial de liquidación pensado por los legisladores para los fideicomisos, comienza a hacer aguas.

Si seguimos escudriñando las posibilidades prácticas que surgen ante el estado de insolvencia del fideicomiso, notamos que son innumerables las incongruencias y problemas que genera la carencia normativa.

Otro ejemplo se daría en el caso de que sea el propio fiduciante quien establezca en el mismo contrato de fideicomiso que si el patrimonio fideicomitado entra en cesación de pagos, o en dificultades económicas o financieras de carácter general, el fiduciario “está obligado a procurar por todos los medios legales la solución de la crisis, incluso aplicando para ello los mecanismos o procedimientos de salvataje establecidos por la ley de concursos y quiebras, aun sin concursarlo”.

Es decir, que en caso de insolvencia, antes de liquidar el patrimonio fideicomitado, el fiduciante haya ordenado por contrato al fiduciario que busque la opción de un acuerdo preventivo

extrajudicial, o que aplique el procedimiento creado para el concurso preventivo de manera extrajudicial, pero llamándolo de un modo diferente “proceso de refinanciación de deudas del fideicomiso” por ejemplo, y no “concurso preventivo” o “APE”, a fin de no violar el art.16 de la ley 24.441.

También contractualmente podría facultarse al fiduciario a solicitar la homologación judicial de dicho proceso, o directamente que el mismo se lleve a cabo judicialmente, lo que no vulnera la ley.

Eso sí, de ningún modo contará con las ventajas que la LCQ establece para los concursados, como ser la suspensión de los intereses de los créditos y de las ejecuciones individuales que agredan el patrimonio.

Tampoco los acreedores accederán a la *pars conditio creditorum*, donde el sacrificio es soportado por todos en forma proporcional cobrando en moneda concursal. Y sólo cobrarán los mejores privilegiados hasta donde alcancen los bienes, o los que primero ejecuten, como sostuve en párrafos precedentes.

¿Y los acreedores laborales? Bien gracias, que hagan fila, pues para ellos el pronto pago no existe, si esto es un proceso de refinanciación privado, quizás judicializado a pedido del fiduciante, o por voluntad del fiduciario, pero no un concurso preventivo.

Tampoco podrá imponerse a los acreedores remisos o tardíos el acuerdo homologado, pues carece de fuerza, pero a esa altura poco ha de importar pues dudo que algo quede para repartir.

Es decir que nada impide al fiduciante obligar por contrato al fiduciario a aplicar el mecanismo establecido para el concurso, aunque no sea un concurso, “un concurso sin concurso”, y llevarlo adelante.

Y si no logra el acuerdo, podrá entonces liquidar como dice la ley de fideicomiso, vender y pagar, “una quiebra sin quiebra”, pero que seguramente dejará un saldo de bajas importante, pues la batalla concluye con la liquidación de los bienes y la entrega del resultado en pago a los acreedores, ¿a cuáles? a los que estén en ese momento, y hasta donde alcance el producto de la liquidación.

De hecho, hoy en los tribunales argentinos ya se han presentado casos de liquidaciones de fideicomisos que piden la participación judicial, ya sea por cuestiones de legalidad o para evitar posibles planteos de nulidad. Lo cierto es que los fiduciarios han solicitado que el procedimiento de liquidación se lleve a cabo judicialmente, lo que ha sido receptado favorablemente por los jueces⁶.

Y otros jueces incluso fueron más allá, y ordenaron la aplicación analógica de las normas concursales y societarias que mejor se adecuan al fideicomiso⁷.

Estos son solo algunos ejemplos de los problemas que surgen ante la carencia normativa en el

6 CNCom, Sala E 15/12/2010, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación Judicial”: Revoca la resolución de Primera Instancia considerando que “no se aprecia óbice para que el fiduciario solicite que ese procedimiento se lleve a cabo judicialmente” refiriéndose al procedimiento de liquidación.

7 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 34, 12/09/2011, “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96S/ Liquidación Judicial” “Frente a la ausencia de normativa específica sobre el particular, se dispondrá la aplicación analógica de las normas de la ley de sociedades comerciales y de concursos y quiebras que mejor se adecuan a la naturaleza del instituto del fideicomiso”. Dispuso la liquidación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 101 y siguientes de la ley 19.550 mas el período de verificación 24.522. (Extraído de la “Síntesis de la exposición “Fideicomisos y Concursos (25/10/2011) por Carolina Ferro <http://www.iadc.com.ar>). Fecha de última consulta: 5/10/12.

caso de insolvencia del fideicomiso, y en nada agota las posibilidades y variables que pueden surgir.

Es evidente que el sistema legislado para la insolvencia del fideicomiso es insuficiente y no resuelve el problema del instituto en el caso de crisis. La legislación debe ser actualizada.

INCONSTITUCIONALIDAD A MODO DE ALTERNATIVA

Según la legislación vigente, pareciera que debemos esperar la vigencia del nuevo código civil y comercial, o la reforma de las leyes 24.522 y 24.441 para concursar al fideicomiso, salvo que de lege lata surgiera alguna opción actual para concursarlo.

Al respecto, entiendo que hasta que las reformas legislativas se produzcan, el interesado en concursar un fideicomiso a fin de encontrar una alternativa real de continuidad y saneamiento del mismo, previa a la liquidación impuesta por ley, puede solicitar el concurso planteando la inconstitucionalidad del art.16 de la ley 24.441.

Dicha inconstitucionalidad encuentra base en los siguientes fundamentos:

1) la desigualdad de trato (art.16 CN) del patrimonio fideicomitado con otros patrimonios separados para los cuales si se permite la solución concursal (patrimonio del fallecido y bienes existentes en el país de deudor domiciliado en el extranjero) y con las mutuales las cuales también pueden concursarse a pesar de estar expresamente excluidas del art.2 de la LCQ;

2) la violación del derecho de defensa (art.18 CN) de los acreedores beneficiarios y fideicomisarios, y del principio de razonabilidad (art.28 CN), quienes en caso de insolvencia del fideicomiso ante el gran vacío legal imperante, están a las expensas de la voluntad del fiduciario quien puede aplicar el sistema de liquidación que le venga en ganas, o lo que es peor no reconocer la insolvencia, no liquidar o liquidar cómo y cuando quiera, incluso cobrando él sus honorarios al igual que los acreedores, aun siendo causante de la insolvencia⁸;

3) la violación del derecho de propiedad (art.17 CN) de los acreedores, de los beneficiarios y fideicomisarios, los cuales en caso de resultado negativo en la liquidación quedarían sin cobrar ni siquiera en moneda concursal, posibilidad que si permite la LCQ⁹;

4) la violación del derecho de igualdad (art.16 CN) de los acreedores, de los beneficiarios y fideicomisarios, pues no tienen el mismo derecho propio de cualquier acreedor a pedir la quiebra ante la cesación de pagos de su deudor, cuando el crédito proviene de un patrimonio fideicomitado, otorgándose al instituto un privilegio solapado¹⁰.

8 Truffat E. Daniel, "El fideicomiso...", op.cit.: "Que como regla el emprendimiento se liquide con las mismas reglas que cualquier liquidación de una hacienda no está mal. Que se sellen todos los caminos a la revisión de lo actuado, a la aplicación de las reglas de recomposición patrimonial y que se confíe el rol de zorro en el gallinero a quien, potencialmente, aparece como principal sospechoso de la eventual insolvencia: el fiduciario, ya es demasiado."

9 Truffat E. Daniel, "El fideicomiso...", op.cit.: "El art. 16 predica que no se decretará la quiebra sino que se procederá a la liquidación por el fiduciario (que solo tiene que respetar los privilegios estatuidos en la ley concursal). ¿Esto quiere decir que si la liquidación del fideicomiso arroja resultado negativo la ley estatuye la extinción de los créditos y una suerte de "Paga Dios"? La letra de la ley parece prever tal disparate. Y, por ello, se coloca en situación de flagrante inconstitucionalidad (dado que las leyes deben ser racionales, CN, art. 28)".

10 Al respecto Molina Sandoval (op.cit., pág.314), opina: "Que el acreedor no pueda peticionar la quiebra del fideicomiso parece un exceso. Vale decir que aún en los casos en los que el patrimonio fideicomitado sea totalmente insolvente, el acreedor debe someterse a la voluntad del fiduciario para la liquidación del patrimonio. Implica negarle la

5) la desigualdad de trato del fideicomiso en su faz de accionista controlante, en relación a cualquier otro tipo de accionista controlante de una sociedad quebrada, en este punto el art. 16 de la LF le otorga otro privilegio encubierto, al protegerlo de la extensión de quiebra por control abusivo.

6) la desigualdad de trato del fideicomiso en su faz de deudor, al impedírsele una solución preventiva superadora de la crisis, basada en la negación de la personalidad, a pesar de ser un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art.30 CC), no así de la personalidad fiscal para tributar.

7) también la inexistencia de un medio coercitivo a los fines de la liquidación del patrimonio deja dudas respecto de su constitucionalidad. La Ley 24.441 debe arbitrar un medio para que terceros interesados en la distribución del activo fiduciario puedan solicitar la liquidación de un patrimonio que se presenta impotente para satisfacer regularmente las obligaciones contraídas en la dinámica del fideicomiso. La ley no puede amparar un paraíso patrimonial en donde reine la libre voluntad del fiduciario en perjuicio de los acreedores¹¹.

8) violación de los arts.17 y 18 de la CN y de los tratados con jerarquía constitucional (art.31 y 75 inc.22 de la CN y del art.8º del Pacto de San José de Costa Rica) al implementarse un sistema de liquidación colectiva de bienes –ante una situación de insolvencia o cesación de pagos- que prescinde de toda intervención judicial y que pone a cargo de un sujeto privado (el fiduciario titular del peculio insolvente) la realización del activo, y la distribución de su producido a favor de los terceros acreedores del patrimonio fideicomitado, generados con motivo de la ejecución del fideicomiso¹².

CONCLUSIONES

En caso de liquidaciones de fideicomisos, cuando no se encuentre previsto contractualmente un procedimiento específico, debe aplicarse el sistema concursal puro establecido por la LCQ, siendo éste el sistema más adecuado -hasta el momento- para la correcta liquidación de un patrimonio en insolvencia.

La solución que otorgó al fideicomiso empresario el acceso al concurso viene siendo probada desde hace más de una década en el país que más fideicomisos emite en Latinoamérica, y si bien la alternativa no ha sido usada en demasía, ha brindado una solución concreta y organizada para el caso de insolvencia del patrimonio fideicomitado, que sin dudas resulta mejor que aquellos engendros con los que actualmente contamos en nuestro país.

Los defensores a ultranza del fideicomiso se niegan a esta opción debido al mismo estigma social que demora las presentaciones en concurso en aquellos países en donde si se encuentra autorizado la aplicación del procedimiento concursal. El deshonor que significa para el fiduciario

acción colectiva, confinándolo solamente al ejercicio de la acción individual contra el fideicomiso. El acreedor puede buscar cobrarse a prorrata con los restantes acreedores (salvo los privilegiados) de los bienes fideicomitados. La negación de esta vía implica dejar librada la suerte del patrimonio fideicomitado (y con ello, la de sus acreedores) a la pura voluntad del fiduciario”.

11 Molina Sandoval, Carlos A., op.cit., pág.315.

12 Junyent Bas, Francisco y Boretto, Mauricio “Acerca de la Constitucionalidad del Mecanismo de Liquidación del Patrimonio Fideicomitado –Por Insuficiencia de Bienes- Previsto en el Art.16 de la Ley 24.441”, ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán 2012, publicada en el libro de ponencias “Por un mejor Derecho Concursal”, Astrea, Bs. As., 2012, T.III, pág.205.

exponer su nombre a un concurso, crea una barrera de oposición doctrinaria a la inclusión del sistema de salvataje de la LCQ, que perjudica no sólo a los diversos operadores involucrados en un fideicomiso, sino más aun al propio fideicomiso, porque se le impide acceder a un sistema de solución preventiva de la crisis, condenándolo indefectiblemente el emprendimiento al fracaso, sin importar que se llame “liquidación” o “quiebra”, fracaso al fin.

El procedimiento de liquidación en caso de insolvencia establecido por el art.16 de la LF es inconstitucional, y viola en forma concreta los arts.16, 17, 18, 28 de la Constitución Nacional, por lo que considero que hasta tanto no se reforme la legislación vigente, se podría solicitar la apertura del concurso preventivo de un fideicomiso planteando la declaración de inconstitucionalidad del art.16 LF.

Como corolario considero que deben abrirse las puertas de la concursabilidad al fideicomiso, principalmente al fideicomiso de administración u ordinario, mediante la reforma normativa pertinente, siendo el concurso el mejor camino concebido hasta el momento para sacar un patrimonio del estado de insolvencia, respetando el interés de todo el espectro de involucrados en esa crisis.

Podrá de este modo otorgarse una alternativa real para emerger de la crisis a aquellos fideicomisos a través de los cuales operan verdaderas empresas que son económicamente viables y socialmente útiles. Y si mediante la aplicación del procedimiento preventivo concursal no se consigue paliar la insolvencia, entonces si acceder a una solución liquidativa.

Si bien el ejemplo más claro de la necesidad de aplicar el concurso preventivo se advierte en los fideicomisos de administración u ordinarios, no encuentro óbice para extender su aplicación también al fideicomiso de garantía y al fideicomiso financiero.

Debo aclarar que las conclusiones arribadas no implican reconocer -ni siquiera pensar- que el procedimiento concursal sea la gloria y por ende la panacea ante cualquier mal, pues dije y reitero, que es perfectible, que también necesita una reforma integral y la adaptación a los nuevos tiempos y desafíos actuales de la dinámica mercantil, entre ellos la consideración de nuevos mecanismos reducidos en complejidad y tiempo para aquellos “sujetos” o “patrimonios” que requieren un tratamiento diferencial en virtud a su envergadura, características y necesidades, llámese consumidor, pymes o fideicomisos.

Pero hasta tanto ello ocurra, sostengo que el mejor procedimiento existente para el tratamiento de la insolvencia, sin importar quién es el deudor, es el regulado por la ley 24.522 de Concursos y Quiebras.