

EL PATRIMONIO FIDUCIARIO Y EL ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS**Agustina LÓPEZ REVOL****Introducción**

El fideicomiso no solamente representa jurídicamente un contrato, sino que además implica el nacimiento de un patrimonio de afectación que como tal, puede devenir insolvente. En este sentido, es posible que la figura se vea afectada desde diferentes ángulos, como es por ejemplo el supuesto del concurso o quiebra de alguno de sus sujetos. Esto es, en el caso de la cesación de pagos del fiduciario o del fiduciante, que puede alcanzar especiales efectos tanto para el fideicomiso como sus acreedores. Otro supuesto que puede darse y que ha generado un profuso debate en la doctrina, es la insuficiencia del propio patrimonio fiduciario para llevar adelante sus obligaciones. Esta circunstancia en la que los bienes fideicomitidos son insuficientes para sobrellevar el pasivo que el funcionamiento del mismo contrato va generando, y que se trata de un problema nacido en el seno mismo del contrato, provoca dudas e interrogantes a la hora de darle tratamiento para intentar sanear la insolvencia o, al menos, garantizar reparación a los terceros afectados.

El origen del problema radica en el propio artículo 16 de la ley 24.441. Esta norma ha sido objeto de duras críticas de la más destacada doctrina al provocar un vacío normativo que ha puesto en el centro de los debates cómo debería llevarse adelante la liquidación de los bienes fideicomitidos cuando no son suficientes para sobrellevar el pasivo, teniendo en consideración que por un lado, guarda silencio sobre la aplicabilidad del régimen del concordato al fideicomiso, por otro veta explícitamente el sometimiento del patrimonio fiduciario al proceso de la quiebra, y sin embargo, a pesar de vetar directa o indirectamente los procedimientos más afines, omite totalmente determinar la vía de saneamiento a aplicar, o regular una liquidación extrajudicial híbrida que al parecer sería la vía que pretendió el legislador, pero que por la misma laguna legislativa no es posible establecer con certeza¹. La cuestión, sin lugar a dudas, es producto de una falta de coordinación legislativa entre el régimen de fideicomisos y la ley concursal como también de la multiplicidad de problemas concursales que traería aparejada la aplicación del régimen de la quiebra tal y como está regulado en la ley 24.522.²

El desafío

El sistema de liquidación del patrimonio fiduciario ha sido definido por renombrados autores como un régimen “ultraliberal”³, lo que se entiende razonable conforme a la época en la que la Ley 24.441 fue dictada, momento en que la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, eran la inspiración de las legislaciones contemporáneas. No obstante, el intento del legislador de dar flexibilidad y celeridad al régimen de liquidación del fideicomiso, ha traído aparejado numerosos cuestionamientos que no tienen respuesta y que deben ser estudiados para arribar a la mejor solución posible.

1 Junyent Bas, Francisco, La liquidación del fideicomiso “insolvente” ¿Un proceso “extrajudicial” o “paraconcursal”? en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año I, Número 1, Septiembre 2010, La Ley, Pág. 201-213.-

2 Graziabile, Darío, Insolvencia y Fideicomisos, LA LEY, 2005-A, Pág. 1363.

3 Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, Tratado de Fideicomiso, Ed. Depalma, 2º ed., Bs. As. 2004

Dentro de este contexto, cuantiosos son los interrogantes que es necesario develar. El problema principal radica en determinar cuál sería el régimen adecuado para llevar adelante la liquidación de un patrimonio de afectación que carece de subjetividad como es el que nace a partir de la celebración del contrato de fideicomiso, y descifrar si corresponde la aplicación del régimen general de la Ley de Concursos y Quiebras, o si las normas de la Ley 24.441 son suficientes. Esto significa que la incógnita principal implica conocer los regímenes liquidativos que se tienen al alcance en el contexto normativo argentino, para intentar definir cual de ellos sería el más apropiado para la figura de que se trata, sin alejarse a su vez de la disposición legal del art. 16 L.F.

Los antecedentes normativos

La figura del fideicomiso ha sido incorporada al sistema jurídico argentino gracias al dictado de la Ley 24.441 producto de la creciente globalización y el incremento del comercio internacional, en un contexto en el que los países anglosajones contaban con la figura del trust desde hacia larga data, la que funcionaba sanamente y en cierta forma impulsó a los países del sistema continental a imitar el instituto, adecuándolo a su marco legal. De esta forma, la ley 24.441 promulgada en el año 1995, tuvo por objetivo primordial la promoción, financiación y construcción de viviendas, a cuyo fin incorporó a nuestro sistema jurídico la figura del fideicomiso tal y como es conocida hoy en día, en los primeros 26 artículos de su estructura. Cabe recordar que ha sido definido en el art. 1º de la siguiente manera: “Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.” De esta definición y del resto del plexo normativo, surge que los sujetos intervinientes en la celebración del contrato son el fiduciante y el fiduciario, pero a su vez se suma el beneficiario y puede incorporarse el fideicomisario. Para el funcionamiento del contrato, debe darse en primer lugar la transferencia de la propiedad de un bien o conjunto de bienes del fiduciante al fiduciario, y el segundo lugar, el fiduciario debe comprometerse a hacer uso de los bienes adquiridos de la manera y con los fines pactados y restituir el bien al fiduciante o transmitirlo a un tercero al final el contrato.

Desde esta perspectiva, puede decirse que los pilares básicos del fideicomiso en nuestro ordenamiento son: 1) La formación de un patrimonio separado de afectación, tal como es regulado en los artículos 14, 15 y 16 L.F., y que permite que dos patrimonios diferenciados puedan encontrarse en cabeza de un mismo titular dominial; 2) el fiduciario es el propietario de los bienes en el marco del dominio fiduciario, con las facultades limitadas que surgen del contrato y los fines del fideicomiso (Arts. 11, 17, 18 L.F.); 3) El fideicomiso es un contrato, se estructura bajo el modelo contractual y no constituye una persona jurídica; y 4) existen pautas generales de conducta impuestas a las partes, en especial al fiduciario, y obligaciones legales mínimas establecidas. En cuanto a los fines por los cuales se celebra un contrato de fideicomiso, estos pueden ser de lo más variados, ya que el contrato de fideicomiso no es un fin en si mismo, sino una herramienta o instrumento para el logro de un negocio subyacente. El fideicomiso es un medio que permite llevar a cabo diferentes actividades a través de su figura.

Ahora bien, sería ingenuo creer que el patrimonio de afectación que nace de la celebración del contrato de fideicomiso permanezca siempre solvente. Esto es lo que la ley 24.441 define como “insuficiencia de los bienes fideicomitados” y que regula en sus artículos 16 y 23:

“ARTICULO 16. — Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones 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; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.”

ARTICULO 23. — En el fideicomiso financiero del capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio.

Los conceptos de cesación de pagos e insolvencia, pilares del derecho concursal, no necesariamente coinciden con el de insuficiencia de bienes fideicomitidos a los que refiere el régimen del fideicomiso. Sin perjuicio de lo antedicho, cabe recordar que el estado de insolvencia o cesación de pagos es entendido por los concursualistas como la imposibilidad de un sujeto de afrontar el pasivo corriente con el activo corriente, y que correctamente ha sido definido por RIVERA como “el estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente de manera regular a la obligaciones exigibles”⁴.

Los antecedentes doctrinarios

Gran número de autores han dedicado sendos estudios al análisis de la figura del fideicomiso, y esta problemática no se ha escapado de ellos. Dentro de este marco de ideas, la mayoría de los autores coinciden en que el régimen de la liquidación de los fideicomisos es criticable, incompleto e insuficiente, pero a la hora de resolver ese vacío legal, es cuando surgen las más importantes discrepancias.

Entre otros, Junyent Bas⁵ entiende que la normativa referida al tema “es de una “pobreza” llamativa pues, el precepto se limita a vedar la quiebra, nada predica de los remedios preventivos y parece realizar una opción por la vía “extrajudicial” realmente patética por las “lagunas jurídicas” que conducen a una serie de dudas y perplejidades”. En definitiva, el jurista entiende que habrá que recurrir a las normas del Código Civil (art. 16 C.C.) para aplicar por analogía el sistema liquidativos más idóneo y que la insuficiencia patrimonial es asimilable al estado de cesación de pagos.

Graziabile⁶, resalta la falta de coordinación legislativa y la multiplicidad de problemas concursales que se derivan de la regulación del art. 16 L.F., considerando que existe una inadecuada interrelación entre ambos regímenes y que resulta indispensable otorgar un sistema de publicidad al fideicomiso para proteger los intereses de los acreedores.

4 RIVERA, JULIO CESAR Instituciones de Derecho Concursal. Rubinzal-Culzoni (descarga on-line), 1996.-

5 Junyent Bas, Francisco, La liquidación del fideicomiso “insolvente” ¿Un proceso “extrajudicial” o “paraconcursal”? en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año I, Número 1, Septiembre 2010, La Ley, Pág. 201-213.-

6 Graziabile, Darío, Insolvencia y Fideicomisos, LA LEY, 2005-A, Pág. 1363.

Esparza y Games⁷ entienden que sin dudas el espíritu de la ley es privilegiar la vía extrajudicial tanto en los fideicomisos ordinarios como financieros, y que si bien se persiguió evitar el recurso judicial, el mismo es indispensable en ciertos supuestos, sobre todo en cualquier hipótesis en la que exista conflicto.

Favier Dubois (h)⁸, considera que la cuestión se trata de un tema debatido y dentro del cual existen cuestiones analizadas por la doctrina que deben ser tenidas en cuenta en las prácticas instrumentales de los fideicomisos y ser resueltas por los tribunales. Considera asimismo positiva la prohibición de someter a la quiebra al fideicomiso y que ésta se hace extensiva al concurso preventivo ya que podría devenir en quiebra indirecta por fracaso del concurso.

Por su parte, Kenny⁹ entiende que el régimen de la insuficiencia patrimonial del fideicomiso resulta “peligrosamente parca”, y que “adoptó una solución de dudosa conveniencia” sobre todo considerando los supuestos donde los fideicomisos tienen más acreedores que los propios beneficiarios. En cuanto a la posibilidad de someter al fideicomiso al concurso preventivo, el autor se inclina por la postura negativa por entenderlo implícitamente vedado mediante la imposibilidad del fideicomiso de caer en quiebra. Entiende, no obstante, que en casos complejos puede resultar insoslayable recurrir a la liquidación judicial.

En definitiva, dada la complejidad de la temática analizada y de la interrelación entre cuerpos normativos vinculados, existe una amplia variedad de posiciones cuyo único punto de conexión se apoya precisamente en la imprecisión y falta de certeza que pesan sobre el tópico.

Conclusión y propuesta

Es insoslayable la necesidad de profundizar el análisis de esta problemática por la implicancia que tiene en la tutela de los intereses de los acreedores que podrían verse ligados a procesos liquidativos poco transparentes y sobre todo en la protección de los derechos de los llamados acreedores involuntarios, a quienes las cláusulas contractuales del fideicomiso no podrán serle opuestas por no haber sido partícipes en la conformación del mismo.

Es por ello que, interpretando el plexo normativo de un modo razonable, y por intermedio de la lógica jurídica, entendemos que el proceso del concurso preventivo no es aplicable al patrimonio fiduciario a pesar del silencio normativo. Esto deviene de la inevitable conclusión de que en caso de fracaso del concordato, indefectiblemente devendría la quiebra, lo que está expresamente prohibido por la ley.

Ahora bien, en cuanto a la forma de llevar adelante el proceso liquidatorio, no cabe duda que se trata de un debate árido y de difícil solución, sobre todo considerando que se trata del supuesto en que los bienes fideicomitados son insuficientes para sobrellevar los pasivos contraídos: el activo no alcanza, por lo que los acreedores no verán satisfechos sus créditos íntegramente. Esto significa a todas luces posibilidad de conflictos a la hora de llevar adelante la distribución con acreedores insatisfechos, dificultad para el fiduciario quien se vería obligado a actuar como “juez” frente a la insolvencia y una carencia de tutela judicial de los derechos de los acreedores si interpretáramos

7 Esparza, Gustavo, Games, Luis, Liquidación del patrimonio en fideicomiso, JA 1998-III-770

8 Favier Dubois, Eduardo (h), La insuficiencia del patrimonio fideicomitado y su liquidación judicial a pedido del fiduciario en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año II, Número 3, Junio 2011, La Ley, Pág. 213-221.-

9 Kenny, Mario, Insolvencia del fideicomiso y liquidación judicial en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año II, Número 3, Junio 2011, La Ley, Pág. 209-213.

de manera estricta el texto legal.

En definitiva, creemos que es forzosa y necesaria la intervención del Poder Judicial frente a la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para garantizar la protección integral de los intereses de los sujetos afectados. Arribamos a esa conclusión por aplicación del art. 16 del Código Civil. Si bien la ley 24.441 excluye el procedimiento de quiebra, omite regular específicamente un procedimiento liquidativo por lo que estamos frente a una laguna normativa que por aplicación del art. 16 C.C. debe ser resuelta por intermedio de la analogía. Dentro de esta perspectiva, el régimen aplicable analógicamente es por defecto el de la Ley de Concursos y Quiebras. Ergo, debemos recurrir a la Ley 24.522 para resolver la insuficiencia del patrimonio fiduciario.

Desde esta perspectiva, entendemos que la “liquidación” del fideicomiso insolvente debe ser llevada adelante por un juez competente aplicando analógicamente la ley 24.522, mediante un proceso liquidatorio afín al de la quiebra, adaptándose a las peculiaridades del fideicomiso pero respetando los principios rectores de aquel procedimiento en cuanto protegen de manera integral la variedad de intereses en juego. De esta forma, se tratará de un proceso universal, único y basado en el respeto a la *pars conditio creditorum*, donde deberán concurrir todos los acreedores (por ser un trámite universal), abrirse una etapa informativa a fin de recabar información sobre el activo liquidable y el pasivo existente (mediante un proceso verificadorio al que deberán concurrir los acreedores y que concluirá con una resolución judicial estableciendo los montos y privilegios), con las vías impugnativas correspondientes para resguardar los derechos de las partes, la posterior venta de los activos por parte del fiduciario (tarea específicamente encomendada a este sujeto en la ley 24.441) y finalmente la distribución del producido entre los acreedores siguiendo el orden de privilegios establecido en la L.C.Q. para la quiebra, lo que se encuentra expresamente autorizado en la Ley 24.441. No ignoramos, desde otro costado, que hay aspectos e institutos del régimen concursal que no podrán ser aplicados en la liquidación judicial del fideicomiso por resultar incoherentes con la naturaleza jurídica de esta figura contractual, como ocurre con la inhabilitación, el desapoderamiento, y las acciones de recomposición patrimonial, entre otros.

De todos modos, se arrije a la solución aquí expuesta o no, la búsqueda de respuestas frente a la insolvencia del fideicomiso siempre servirá para llenar un vacío normativo, puesto que la regulación de la Ley 24.441 solo resulta eficaz frente a un fideicomiso *in bonis*, y que en caso de que exista más pasivo líquido que activo líquido y no haya soluciones al alcance de la mano para resolver ese defasaje, es predecible que la liquidación no sea pacífica, que se generen conflictos y problemáticas que el fiduciario no podrá resolver, debiendo ineludiblemente recurrir a la justicia, cumpliendo con su principal deber que es el de actuar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Se tratará, en todos los casos, de un nuevo desafío para el juez quien una vez más deberá aplicar las herramientas que le brinda el legislador, conjugar las respuestas que le brinda cada ley específica en particular y todo el ordenamiento jurídico en general para sobrellevar las dificultades y obtener resultados razonables, garantizando el cumplimiento de los derechos e impartiendo, primero que nada, justicia.