

CUASI CONCURSABILIDAD DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Tomas Ise Figueroa

1- Introducción; 2- Análisis del artículo 16 de la ley 24.441; 3- Concursabilidad del patrimonio fiduciario; 4- Legislación y Jurisprudencia nacional; 4- Admisibilidad del concursamiento de patrimonio fiduciario en el derecho comparado; 5- Tratamiento igualitario a los acreedores de igual jerarquía; 6- Control de acreencias por los interesados, 7- Nuestra propuesta: Complemento de la distribución con el proceso de verificación:

1- Introducción

El contrato¹ de Fideicomiso, ya sea en el Derecho Civil como en el derecho Comercial², permite que las partes pudieran condensar en un solo instrumento la perfecta exteriorización de la relación que los une, con inscripción registral directa, sin que para ello fuere necesario la constitución de otras instrumentaciones (sociedades comerciales, etc.) que se alejara de lo estrictamente querido por las partes³.

Teniendo en cuenta la relación de «confianza» que prima en el contrato bajo análisis y la múltiple de utilización en el ámbito del derecho comercial, es razonable que en oportunidad de la celebración del contrato no se previera todas las hipótesis de conflicto, teniendo en cuenta que en reiteradas ocasiones el «acto negocial» no encierra la idea del «negocio en sí», razón por la cual Julien Bonnecase⁴ los trata por separado, o que se produzcan modificaciones jurídicas por disposición de la ley⁵.

Siguiendo a Beluscio, Zanoni, Mendez Costa, entre los tratadistas Argentinos debemos sostener que no cabe reducir el «matrimonio civil» a un mero «contrato» como sostienen Planiol⁶, Ortiz Urquidí⁷, etc., atento a que las repercusiones civiles que causa la vida o disolución del vínculo es múltiple y de variada connotación según la ley aplicable, ya sea por el lugar de celebración o de residencia, de lo que no queda excluido el «contrato de fideicomiso» que celebraran los cónyuges.

Por estas razones, me atrevo a sostener que en muchos casos resulta imposible que a la hora de la celebración del contrato se pudiera prever todos los hechos que ocurrieran durante la vida del «fideicomiso», máxime teniendo en cuenta que en algunos casos el cumplimiento mismo del contrato demanda periodos largos de duración, razón por la cual el artículo 4º de la L.F. admite el máximo de 30 años.

En efecto, la buena fe negocial que caracteriza al contrato de «fideicomiso», las pautas interpretativas de la norma y las leyes supletorias a que remite, son herramientas suficientes para resolver todos los acontecimientos que pudiera suceder durante la vida del contrato, entre los que incluyo el «procedimiento de liquidación de los bienes fideicomitidos, en cumplimiento del objeto.

2- Análisis del artículo 16 de la ley 24.441⁸

El interrogante pendiente de resolución consiste en qué procedimiento se debe

adoptar para la «liquidación» de los bienes fideicomitidos en supuestos que los bienes dados en administración fiduciaria hayan generado un pasivo y que los «fiduciantes» o beneficiarios decidieran no efectuar aportes suficientes para satisfacer dichas obligaciones.

Según surge del artículo 16 de la ley 24.441, pareciera que el método es sencillo y que no merece mayores comentarios, pero, quienes están en el ejercicio del Derecho Comercial sabemos que en muchas ocasiones las beligerantes de las medidas cautelares, impiden la solución pacífica que pretende el artículo en comentario, truncando con ello la «realización de bienes» y la satisfacción de las acreencias con el procedimiento de equidad que establecen el Título IV, Capítulo I de la ley 24.522.

2.1. Concursabilidad del Patrimonio Fiduciario

2.1.1. Jurisprudencia y legislación nacional

La legislación nacional ha mostrado avances en los sujetos pasivos de concursamiento, es así como la ley 4156 de 1902 solo admitía al régimen de concordato preventivo a los «comerciantes matriculados». El 1933, la «Ley Castillo» hizo una apertura más, mantenía la distinción entre los «comerciantes y las «sociedades comerciales», empero admitía a los no comerciantes y las sociedades no comerciales que realicen negocios en forma comercial.

Posteriormente, la ley 19.551 si bien en cierto que mantenía el régimen de concursabilidad solo a los comerciantes y «sociedades regularmente constituidas», admitió que los no comerciantes y sociedades no comerciantes fueren sujetos falenciales.

En 1983, por sugerencia de la Banca Norteamericana, el entonces Presidente General Bignone con la sanción de la ley 22.917 amplió la apertura de la ley «Castillo» incorporando en el artículo 2º de la L.C. la admisibilidad de concurso preventivo a las «personas de existencia visible y las de existencia ideal de carácter privado, sin distinción de «comerciante y no comerciante», salvo las excepciones de leyes especiales.

La última modificación a la ley de concurso introducida por la ley 24.522 dio un paso más adelante, excluyendo de las restricciones a los sujetos comprendidos en las leyes 20.091, 20.321 y 24.241º.

Por último, la ley 24.627, modificatoria de la ley 24.485¹⁰, permitió que las «sociedades comerciales» que tuvieran por objeto social la actividad Financiera bajo el régimen del B.C.R.A. a las que les solo estaba permitido la quiebra, a partir de la Revocación para Funcionar como entidad financiera por del Banco Central de la República Argentina fuera sujeto de concursamiento, atento a que a partir de la revocación ingresa en la esfera del «derecho común»; régimen éste vedado originariamente por la ley 21.526.

Por su parte, la Jurisprudencia ha avanzado permitiendo la concursabilidad de «Sindicatos».

La síntesis: la evolución legislativa y jurisprudencial presentada, muestra claramente que la tendencia de la apertura de sujeto concursable en el derecho interno.

2.1.2. Admisibilidad del concursamiento de patrimonio fiduciario en el derecho comparado

El punto de partida que ejercitan tratadistas nacionales y extranjeros consiste en determinar si el patrimonio dado en fideicomiso está o no comprendido en la definición del artículo 2¹¹ de la ley 24.522 y c.c. en el derecho comparado.

GOMEZ-ESPARRAZA¹² como bien lo indican, abrieron el debate teniendo en cuenta el carácter sancionatorio de la extensión de quiebra sostienen que ante los supuestos del artículo 161 de la L.C., servía viable la aplicabilidad del régimen concursal, que tal vez forzando el texto legal.

Me permito sostener que el supuesto a que se refieren los autores citados, le cabe más la aplicación del artículo 118 y 119 de la L.C.

JORGE ALFREDO DOMINGUEZ MARTINEZ:¹³ bajo la óptica de la legislación mexicana, equivalente a la distinción que mantenía la redacción del artículo 2 de la ley argentina 19.551, trata la procedencia de «concursabilidad» del patrimonio dado en fideicomiso según la actividad que se desarrollare con los bienes, si fuere comercial estaría entre las previsiones de los sujetos concursables, en tanto si fuere civiles no serían pasibles de concursamiento.

RODOLFO BATIZA,¹⁴ avanza sobre la posición de Domínguez Martínez y considera que la concursabilidad lo da el «sujeto», en efecto, teniendo en cuenta que la ley presume que la «actividad» del fideicomisario lo es a título oneroso, lo comprende la categoría de sujeto pasible de concursamiento, conforme lo establece el artículo 3 de la L.C. mexicana (Cónf. artículo 2 de la ley 19.551 derogada); razón por la cual, concluye el citado autor que al «Patrimonio fideicomitado» le es aplicable la ley de Concursos Comerciales.

LISOPRANSKI-KIPER¹⁵: Estos autores resaltan la novedosa innovación de la ley al sistema de liquidación de los bienes, en donde no existe intervención judicial sino que lo realiza el administrador del fideicomiso, merced a la confianza que existe en ésta modalidad contractual.

No tratan la hipótesis de que pudiera generarse pasivo por la administración de los bienes fideicomitados o fuera de los previstos por las partes en la oportunidad de la celebración del contrato, como puede ser impuestos, etc.

HIGHTON-MOSSET ITURRASPE-PAOLANTONIO-RIVERA¹⁶, obviamente, dicha obra condensa el auténtico espíritu legislativo merced a que uno de los autores (Rivera Julio C.) fue protagonista en los proyectos de ley sancionada con los números 24.441 y de la ley 24.522; en ésta obra sustentan claramente que la intención del legislador es precisamente que la liquidación de los bienes dados en fideicomiso lo efectuara el liquidador y con su producido se distribuyera entre los acreedores de acuerdo al orden y preferencia de la ley 24.522. En cuanto a la hipótesis de impotencia patrimonial seguirá la misma suerte, salvo que el beneficiario o el fideicomisario decidieran incrementar los esfuerzos para satisfacer las acreencias.

Evidentemente, el espíritu de la ley 24.441 es que supletoriamente se aplicará la ley 24.522, razón por la cual me permito complementar dicha orientación jurídica.

2.2. Tratamiento igualitario a los acreedores de igual jerarquía

El artículo 16 de la L.F. establece claramente un tratamiento igualitario entre los acreedores del mismo rango a los efectos del pago de las deudas que registraren contra el patrimonio afectado, razón por la cual debo remitir parcialmente a la ley 24.522.

No cabe dudas que la redacción del artículo 16 de la L.F. establece la distribución igualitaria entre los acreedores, merced a que el «patrimonio en afectación» es prenda común de los acreedores¹⁷ y con él se deben satisfacer las deudas que dicho patrimonio las genere.

La igualdad de tratamiento ante la ley lo marca el artículo 16 de la Constitución Nacional, razón por la cual la ley 24.522 establece un procedimiento de liquidación a prorrata para los acreedores de igual grado, esquema de distribución de fondos al que se remite el artículo 16 de la L.F.¹⁸

La L.C. tiene como norte el tratamiento igualitario entre los intereses en juego, tendiente a la preservación del patrimonio del deudor a los efectos de una distribución igualitaria, evitando así que los primeros acreedores tomaran parte de ese patrimonio dejaran relegado en las percepciones al resto de la masa de acreedores; en esa inteligencia es que el legislador ha ideado un sistema equilibrado compuesto en varias etapas dependientes una de la otra, pero todas ellas tienen en común la búsqueda del equilibrio de las prestaciones atento al ligamen del interés de recupero de las acreencias con el producido de la masa comunitaria de «activos» del deudor, de acuerdo a la proporción de las acreencias y grado de privilegio.

Ahora bien, en caso de que: (i) subsista la imposibilidad de satisfacer las acreencias generadas por el patrimonio de afectación, ya sea porque el fideicomitente o beneficiario no quisieran solventar dichas acreencias, (ii) que las acciones judiciales individual de acreedores del «patrimonio de afectación no financiero» imposibilitara al fideicomitente la realización de los bienes bajo su administración, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la L.F., etc, y (iii) que los fondos no alcanzaren para satisfacer las deudas generadas durante la administración del patrimonio en afectación o hubiere disconformidad en la distribución; sostengo que se debería recurrir a la Sección III, del Capítulo I, del Título I de la ley 24.522, (artículo 32 de la L.C.) en complemento al mecanismo de distribución a que remite el artículo 16 de la L.F.

Naturalmente, mientras existan fondos suficientes para atender las obligaciones que se genere por la administración de los bienes de afectados o se cumpla el objeto del contrato tal como lo previeron las partes, no habrá puntos de conflictos entre las partes ni con los eventuales acreedores. La situación se complica, justamente, en los casos de situaciones no previstas o complicaciones propias del desarrollo de la gestión encomendada al fiduciante y la realización de los bienes fideicomitados no alcanzaren a satisfacer las acreencias.

Para éstas hipótesis la L.F. en su artículo 16 nos remite a la ley 24.522, razón por la cual debo adentrarme en su tratamiento.

2.3. Control de acreencias por los interesados

Al respecto, la ley de Fideicomiso venezolana establece de modo específico en su artículo 24, inc 2^o¹⁹ y 3^o²⁰ la legitimación del beneficiario de oponerse a las medidas preventivas y ejecución forzada que tomaren los acreedores de los bienes afectados, entre otras hipótesis, como custodia de la autenticidad de la obligación con que se acciona.

No se debe descartar la posibilidad de que el administrador en caso de que los bienes fideicomitidos generaren pasivos y los acreedores accionares contra los bienes afectados, se pudiese dar las siguientes situaciones: (i) que el administrador se viera con dificultades para realizar los bienes afectados, por medidas cautelares que obtuvieran los acreedores en forma individual, (ii) que quienes accionarán primero subastarán los bienes afectados y el fideicomisario no llegare a tiempo para impedir la acción judicial.

En ambas hipótesis el «administrador» deberá extremar sus esfuerzos en lograr que los magistrados actuantes levantaran las medidas cautelares y le permitieran «realizar los activos afectados» y con el resultado de dicha realización distribuir los fondos bajo el procedimiento dispuesto en la ley 24.522, y aún así es probable que el magistrado actuante designara un asistente para controlar el procedimiento de distribución.

Cabe destacar que conforme lo establece el artículo 5 de la ley 24.441 no es exigible que el fideicomisario fuere Contador o Abogado que pudiese practicar la distribución (Cónf. ley 24.441) o la delegación en tercero, de modo tal que lo eximiera de eventuales acciones que se promoviera en contra del beneficiario en su rol de fiduciario.

Por otra parte, cabe tener presente el tedioso trámite administrativo que se debe soportar ante la Dirección General Impositiva para lograr el «libre deuda tributaria», por los gravámenes que afectare a los bienes fideicomitidos como parte de la tarea liquidadora.

3. Nuestra propuesta: Complemento de la distribución con el proceso de verificación

Me atrevo a sostener que en los casos de conflictos o que el «administrador de los bienes afectados» tuviese dificultad para cumplir el cometido dispuesto en el artículo 16 de la ley 24.441, sostengo que, siguiendo la temática de aplicabilidad subsidiaria de la ley 24.522 que establece el legislador, se podría recurrir en forma sumaria al proceso de verificación que establece la Sección III, Capítulo III, Título II de la ley 24.522, ya sea por decisión del fideicomisario, o en los supuestos que se tuviera dificultad para llevar adelante el proceso de realización y distribución.

JULIAN ALBERTO MARTÍN²¹, como así también BETINA FREYRE²², tratan por separado los tributos que gravan a los bienes fideicomitidos, a los fiduciantes y a los beneficiarios, por impuesto a las ganancias, al patrimonio, I.V.A. etc, con la respectiva responsabilidad solidaria que cabe en los distintos supuestos a los administradores de los bienes gravados.

Por el axioma de «la aplicación analógica del derecho» y máxime teniendo en cuenta que la ley 24.441 se remite en forma subsidiaria a la ley 24.522, considero que puede resultar perfectamente aplicable el artículo 32 de la L.C., tendiente a

complementar el fin establecido en el artículo 16 de la L.F.

Dicho procedimiento permitiría que se cumpliera en su totalidad el principio de igualdad entre los acreedores, desechando toda posibilidad de que se incluyeran acreencias que no fueran auténticas, como así también que todos los acreedores controlaran las acreencias generadas contra el patrimonio de afectación, y en cuanto al administrador quedaría totalmente respaldado por resolución judicial los importes a distribuir, con la posibilidad de que el magistrado actuante pudiera declararse competente y disponer el levantamiento de las molestias que perturbaran lo dispuesto en el artículo 16 de la L.C.

Posición doctrinaria análoga

(i) la posición fijada por la Dra. María Lilia Gómez Alonso de Días Cordero respuesta en el Ciclo de Concurso Preventivo y Quiebra dictado en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, año 1996 y el Dr. Adgardo Alberti en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal en «Curso sobre la Nueva ley de Concurso y Quiebra»/ 1997, quienes sostienen que para los pequeños concursos se podría adoptar el procedimiento de verificación sumario, en el que el deudor (en este caso fideicomisario) denunciarán las acreencias y se publicarán edicto para que concurran los interesados a manifestar oposiciones, sustanciado entre los interesados y un perito oficial designado por el juzgado, se resuelva la admisión de los créditos y posteriormente el proyecto de distribución, disponiéndose las medidas que fueren necesarias para la realización de los bienes, etc.

Legislación análoga vigente

(ii) El artículo 50 y 52 de la ley de Seguros 20.091, establece que cuando el interés de los asegurados lo requiere la autoridad de control podrá pedir la liquidación judicial, en donde deberán verificar las acreencias los interesados bajo el mecanismo dispuesto en el artículo 32 de la L.C., y posteriormente la distribución conforme lo establece el régimen de la ley de Concursos y Quiebra.

¹ Conforme lo establece el artículo 1197 del C.C.

² En la faz comercial tuvo nacimiento en el derecho inglés como «trust» para regular las relaciones comerciales entre comerciantes por largos periodos de tiempo.

³ La figura del fideicomiso permite la creación de Fondos de Inversión, testamentarios, de Fondos de Pensión, Inmobiliarios etc, fines que previo a la sanción de la ley 24.522 en el derecho interno solo se podía instrumentar con participación indivisa o societaria entre los tipos previstos en la ley 19.550.

⁴ Analiza desde el punto e vista del derecho alemán en Elementos del derecho civil, trad. esp. ED José M. Cagica Jr., Puebla, 1945, t. II.

⁵ Trabicchi, Alberto, « Instituciones de Derecho Civil», trat. esp., a la 15ª ed. it. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, tº 1, p. 146.

⁶ Tratado Elemental de Derecho Civil, trat. esp. a la 12ª Ed. fr. t. III, Puebla 1946, p. 330.

⁷ Matrimonio por comportamiento, tesis de grado, Mexico 1955, p. 70.

⁸ La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones no dará lugar a la declaración de quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según provisiones contractuales procederá a su liquidación la que estará a cargo del fiduciario, quién deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra;...

- ⁹ Sociedades con Participación Estatal Mayoritaria, Régimen de Administración de Jubilaciones y Pensiones.
- ¹⁰ La que a su vez modificó la ley de Entidades Financieras 24.441 y 21.526.
- ¹¹ Sujetos comprendidos: Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible. Se consideran sujetos comprendidos: 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores; 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de los bienes existentes en el país.
No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por las leyes N° 20.091, 20.321 y 24241, **así como las excluidas por leyes especiales.**
- ¹² «Fideicomiso y Concursos», Ed. Depalma, 1997, p. 41.
- ¹³ «El Fideicomiso», Ed. Porrúa, Mexico, 1° De. 1972, p. 223.
- ¹⁴ El Fideicomiso teoría y práctica, De. Jus, p. 414, Mexico, Séptima de Y 3° en E.D. jus.
- ¹⁵ Fideicomiso- Dominio Fiduciario y Securitización, 2° e.d. Depalma, año 1996, p. 122.
- ¹⁶ Reformas al Derecho Privado- ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 54/5.
- ¹⁷ Rivera, Julio C. en Instituciones de Derecho Concursal, t. I, p. 21, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1996.
- ¹⁸ Fusaro, Concursos, Ed. Depalma. 3° Ed. actualizada, p. 4, 1988.
- ¹⁹ El beneficiario, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes: ...2°: « Impugnar los actos anulables realizados por el fiduciario, dentro de los 5 años contados desde el día en que el beneficiario hubiere tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes fideicomitados a quién corresponda. Este lapso no empezará a correr para los menores entredichos, sino a partir de su mayoría o desde la fecha en que cesa la interdicción.
- ²⁰ Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes fideicomitados por obligaciones que no los afectan, en caso de que el fiduciario y, como medida preventiva, a juicio del Juez del Fideicomiso, el nombramiento de un administrador interino.
- ²¹ Securitización - Fideicomiso - Fondo de Inversión- Leasing-, e.d. 1996 Price Waterhouse, p. 126.
- ²² El Fideicomiso, ed. Universidad Austral, año 1987, p. 185, 203.