



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FCE
FACULTAD DE
CIENCIAS ECONÓMICAS

CONTADOR PÚBLICO NACIONAL Y PERITO PARTIDOR

EL FIDEICOMISO EN LOS PROCESOS CONCURSALES

EL VACÍO NORMATIVO Y LEGAL

Trabajo de Investigación

POR

Liliana Elizabeth Giunta Fornasin

DIRECTOR:

Prof. Héctor Ricardo Fragapane

Índice

Introducción	1
<hr/>	
Capítulo I	
El fideicomiso	2
<hr/>	
A. CONCEPTO FIDEICOMISO	2
B. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO	2
C. ENFOQUE DE LA LEY 24.441, CON RESPECTO A LOS PROCESOS CONCURSALES	3
Capítulo II	
Tipos de fideicomisos en los procesos concursales	5
<hr/>	
A. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN	5
1. En la Ley 24.441	5
2. Concepto	5
B. FIDEICOMISO DE GARANTÍA	6
1. En la ley 24.441	6
2. Concepto	6
3. Finalidad	7
4. Identidad subjetiva entre el fiduciario y el beneficiario del fideicomiso	8
5. Derecho del acreedor en el fideicomiso en garantía	8
6. Insinuación del crédito	9
7. Verificación de la garantía proveniente de un fideicomiso en el concurso del fiduciante	9
8. Denuncia de la existencia de fideicomiso de garantía	10
9. Relación de accesoriadad entre el fideicomiso de garantía y el crédito principal	10
10. Conclusiones	10
C. FIDEICOMISO FINANCIERO	11
1. Concepto	11
2. Características	13
Capítulo III	
Concurso preventivo y quiebra: influencia en los sujetos y etapas del contrato de fideicomiso (en general)	14
<hr/>	
A. EL ROL DEL FIDUCIARIO FRENTE AL FIDEICOMISO	14
B. EFECTOS DEL CONCURSO PREVENTIVO DEL FIDUCIARIO FRENTE AL CONTRATO DE FIDEICOMISO	14
C. INFLUENCIA DEL CONCURSO PREVENTIVO EN LA CALIDAD SUBJETIVA DEL FIDUCIARIO	15
D. EFECTOS DE LA QUIEBRA DEL FIDUCIARIO	16
E. QUIEBRA DEL BENEFICIARIO	16

F. CONCURSO O QUIEBRA DEL FIDUCIANTE	17
G. ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL	17
Conclusión:	
Diferentes aristas que admite el tema	18
<hr/>	
Bibliografía	22
<hr/>	
Anexo	
Algunos fallos relacionados al tema	24
<hr/>	

Introducción

El origen del fideicomiso moderno se encuentra en la fiducia o fideicommissum del Derecho romano, una institución creada en el marco del derecho sucesorio y al amparo de una pieza clave del modelo, la relación de confianza. Así, el fiduciante encargaba al fiduciario la entrega de un patrimonio hereditario concreto a una persona, el fideicomisario. Para constituir un fideicomiso no existió, en principio, requisito alguno de forma: bastaba la voluntad del fiduciante y la aceptación del fiduciario. Si la relación de confianza se quebraba, el fiduciante podía revocar el fideicomiso en cualquier momento. Como inconveniente, si el fiduciario hacía mal uso sobre el patrimonio, resultaba muy difícil a las partes reclamar. Con la llegada del Imperio, se trató de solventar este último problema creando una jurisdicción especial de pretores fideicomisarios encargados de velar por el cumplimiento preciso de la voluntad de los fiduciantes.

En la actualidad, existe un marcado vacío normativo ya que no se menciona en la Ley n° 24.552/95 de Concursos y Quiebras la figura del Fideicomiso, la cual se encuentra regulada en la Ley 24.441. En la misma se determinan:

- Concepto de Fideicomiso.
- Los sujetos que lo conforman.
- Las características del mismo.
- Los tipos de Fideicomisos contemplados.
- Breve referencia a la relación de los Fideicomisos con los Procesos Concursales. (art 15 y art. 16)

El último, es el modo en que puede conectarse el Contrato Fideicomiso con Los Procesos Concursales. Para ello debemos situarnos desde diferentes puntos de vista en que pueden relacionarse estas dos figuras. Entre ellas podemos mencionar: la posibilidad de concursamiento del patrimonio fideicomitado, luego el comportamiento en caso de concurso del fiduciario y del fiduciante, y finalmente la participación del fideicomiso en el concurso de terceros deudores y en la utilización para dar soluciones a la insolvencia

El presente trabajo tiene como objetivo poner en evidencia el vacío normativo y legal en el que se encuentra el contrato de Fideicomiso y su relación con los procesos concursales e identificar las diferentes aristas que permite el tema.

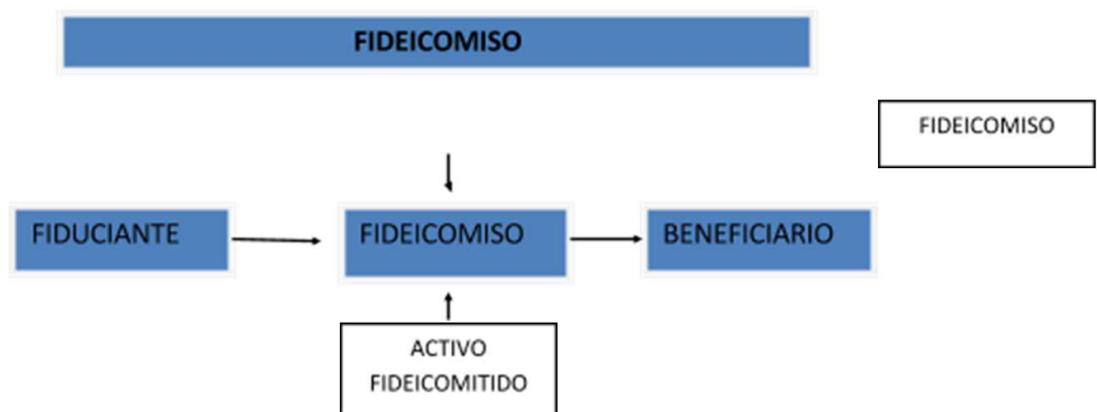
Capítulo I

El fideicomiso

A. Concepto fideicomiso

Se trata de un contrato por el cual una persona llamada fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se indique en el contrato, sujeto que recibe el nombre de beneficiario, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. Este último sujeto es un tercero destinatario final de los bienes sin ser fiduciante ni beneficiario de los rendimientos periódicos.

Figura 1
Contrato Fideicomiso



Fuente: elaboración propia

B. Características del contrato de fideicomiso

- **CONSENSUAL.** No es un contrato real por que la tradición de la cosa es una obligación que puede cumplirse con posterioridad. (Art. 4, Inc. A.[21] y 1142 CC[22]).

Sin duda la posterior integración es una de las facultades que otorga la ley a la conformación del patrimonio de afectación individual del fideicomiso.

- **BILATERAL.** La obligación recíproca de las partes de una hacia la otra (Art. 1138 CC [25]), con la particularidad del Art. 2 de la 24.441, esto significa la previsión emanada de la norma, respecto de la continuidad del fideicomiso, por eso se dice que es un contrato a favor de terceros.
- **SUPUESTA PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD.** La transmisión fiduciaria se realiza a título de confianza, la labor del fiduciante en cuanto al cumplimiento de la manda será onerosa o gratuita en función de que el mismo perciba una retribución por su accionar.

El Art. 8 de la LF dice: El fiduciario tendrá derecho a: a) reembolso de los gastos b) retribución, salvo estipulación en contrario.

- **TÍPICO:** Por poseer éstos una regulación legal que los contempla.

C. Enfoque de la ley 24.441, con respecto a los procesos concursales

La Ley de Fideicomiso no se refiere al Concurso Preventivo. Tampoco menciona la cesación de pagos. En consecuencia, se genera un vacío normativo que deberá ser cubierto por la doctrina y la jurisprudencia.

Figura 2
Proceso de Concurso Preventivo



Fuente: elaboración propia

A pesar de esta situación hay dos proyectos legislativos:

El primero de ellos es un proyecto de ley presentado ante la Cámara de Senadores de la Nación por la Senadora Negre De Alonso identificado bajo el número 1275-S-2010, en virtud del cual se propone modificar la Ley de concursos y quiebras N° 24.522 y la Ley de fideicomiso N° 24.441 incorporando a los fideicomisos ordinarios como “sujetos” pasibles de concurso y quiebra.

Este primer proyecto incorpora en primer lugar, en el art. 2 de la ley N° 24.522 (2005) que enumera a los sujetos que pueden ser declarados en concurso, a *“los fideicomisos no financieros sobre los bienes fideicomitados, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 16 y siguientes de la ley N° 24.441”*.

Asimismo, propone modificar el existente art. 16 de la ley N° 24.441 (1994), que hoy reza:

“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender 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 con-forme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del art. 24”.

“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones dará lugar al con-curso preventivo o a la quiebra, cumplidas las condiciones y presupuestos establecidos en la Ley N° 24.522”.

Según esta redacción los fideicomisos financieros quedarían fuera del alcance del proyecto y del proceso falencial y continuarían rigiéndose por las reglas específicas de “autoliquidación” de la ley N° 24.441 en sus arts. 23 y 24.

El segundo proyecto, que también se encuentra en trámite ante el Congreso de la Nación, fue presentado en la Cámara de Diputados por los legisladores Balestrini, Alberto y Cigogna, Luis, y trata diversas modificaciones a la Ley de concursos y quiebras N° 24.522, básicamente con el objeto de incorporar el fideicomiso de garantía a ese cuerpo legal.

El proyecto modifica levemente los arts. 19 y 21 de la ley N° 24.522 que tratan los intereses y la ejecución de las garantías reales, incorporando al fideicomiso. Asimismo, el proyecto incorpora un nuevo artículo, el 247 bis, a efectos de regular la verificación del crédito garantizado con un fideicomiso de garantía, y el cómputo del pasivo a los fines del cálculo del acuerdo, entre otras cuestiones.

Capítulo II

Tipos de fideicomisos en los procesos concursales

A. Fideicomiso de administración

1. En la Ley 24.441

No está contemplado en la Ley de Fideicomiso. Sin embargo es uno de los tipos de Fideicomiso más utilizados en la práctica.

2. Concepto

Siguiendo la definición de Gustavo Wonaga: “El fideicomitente transfiere determinados bienes al fiduciario para que realice todos los actos inherentes a su administración, como son recaudación de rentas, pago de tributos, reevaluación, mejoras, y destinar las ventas o recursos obtenidos a una determinada finalidad establecida con exclusividad.”¹

A diferencia del fideicomiso en garantía, el fideicomiso de administración no tiene como objetivo garantizar el pago de obligaciones sino simplemente el de administrar activos y/o dinero con flujos en favor de determinados fideicomisarios.

Diferentes casos se encuentran comprendidos dentro de esta modalidad. El fideicomiso de administración de emisiones de obligaciones, bonos o papeles comerciales es un ejemplo de ello, en donde los fideicomitentes transfieren activos o derecho a favor de la sociedad fiduciaria con la finalidad de que proceda a su colocación de dichos valores. El fideicomiso de administración tiene por objetivo en este caso obtener los fondos necesarios para poder pagar a los beneficiarios. El fideicomiso de recaudación y pagos que se refiere a los servicios prestados por diversas sociedades fiduciarias a favor de entidades en relación a la recaudación y pago de obligaciones de cualquier índole; El fideicomiso de administración destinado a la transferencia de valores mobiliarios ha sido uno de los tipos de fideicomiso utilizados por el Perú en los años 1991-2002, época de privatizaciones iniciado por el Estado Peruano.

¹Wonaga, Gustavo (2010). Fideicomiso de Administración. Buenos Aires. Errepar

Figura3
Fideicomiso de Administración



Fuente: elaboración propia

B. Fideicomiso de garantía

1. En la ley 24.441

El contrato de fideicomiso tipificado por la ley 24.441 (2004), no incluye dentro de su normativa la especie “Fideicomiso de Garantía”.

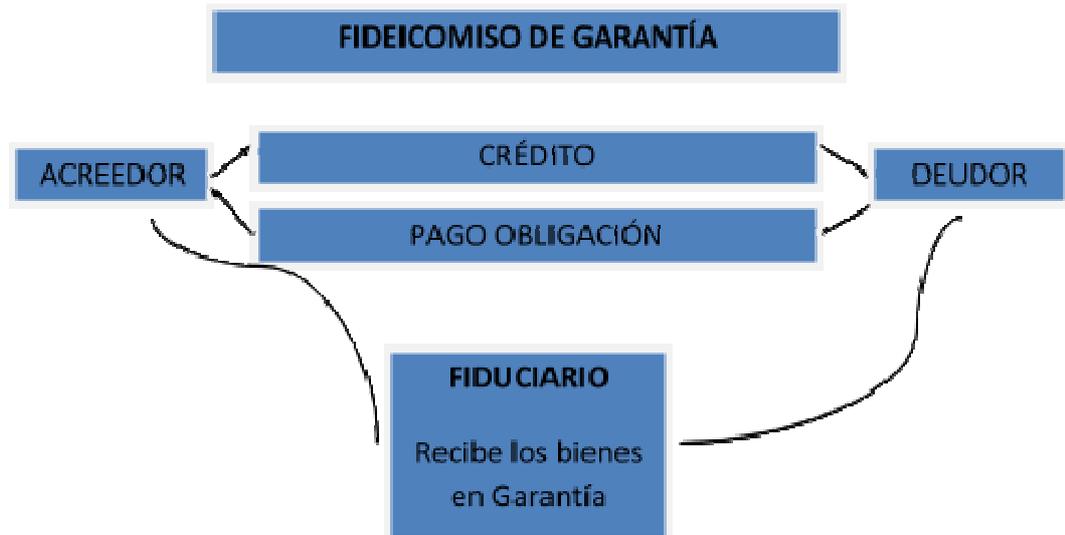
Es aquel que se constituye a los efectos de garantizar el cumplimiento de una obligación.

2. Concepto

Según Favier Dubois el contrato de fideicomiso de garantía *“Es aquel que se constituye con la finalidad primordial de asegurar obligaciones propias del fiduciante con un tercero con los bienes fideicomitados, de forma que el fiduciante transfiera al fiduciario bienes presentes o futuros individualizados, en garantía de cumplimiento de un crédito propio o ajeno, quedando determinado: a) el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento, b) el destino del remanente,*

si lo hubiere, luego de la liquidación y pago del crédito” (Favier Dubois, E. y Favier Dubois, E. (P), 2012)

Figura 4
Fideicomiso de Garantía



Fuente: elaboración propia

3. Finalidad

La finalidad propia del fideicomiso es la garantía del fiduciario a favor del fiduciante, parece claro que en la realidad es el primero de ellos también tendrá a su cargo la administración de los bienes fideicomitados por resultar esta una característica propia de cualquier fideicomiso. Esto es así, ya que quien tiene bienes como fiduciario para garantizar prestaciones de terceros o del fiduciante o del beneficiario, deberá velar por ellos para hacer posible el cumplimiento de la manda, aunque más no sea en resguardo de su crédito. Es decir, tiene un interés concreto en el destino que el fiduciario pueda darle.

Dado el marco contractual que importa la transferencia del dominio del bien objeto de la garantía y el consecuente ingreso del mismo en un patrimonio separado de titularidad del fiduciario, hay que destacar el alejamiento de la figura de las garantías reales o personales tradicionales previstas en nuestra legislación.

El fiduciario detenta sobre la cosa fideicomitada un derecho de dominio, si bien fiduciario (esto es conforme a las limitaciones que surgen del acto de fiducia), y por ello imperfecto. Pero se trata de un derecho de dominio al fin.

En el supuesto que el acreedor sea solo beneficiario de este contrato - y no fiduciario -, tampoco detenta a su favor un derecho real de garantía, sino que lo que ostenta es un derecho personal o crediticio frente al fiduciario de exigir el cumplimiento del contrato.

4. Identidad subjetiva entre el fiduciario y el beneficiario del fideicomiso

La circunstancia de que en el fideicomiso de garantía exista identidad subjetiva entre el fiduciario y el beneficiario del fideicomiso, no impide considerarlo válido en tanto no existe óbice legal alguno al respecto porque la Ley 24441 no impide que ello ocurra y la única limitación legal que se aprecia radica en la prohibición de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitados.

El fideicomiso en garantía, aunque coincida el fiduciario con el beneficiario principal, es lícito siempre y cuando se lo haya concebido en forma prudente y se haya determinado en forma clara y precisa los procedimientos a seguir en caso del incumplimiento del fiduciante y el destino de los posibles remanentes que pudieren quedar luego de liquidados y satisfecho el crédito, no siendo óbice al respecto la prohibición del fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitados.

5. Derecho del acreedor en el fideicomiso en garantía

El beneficiario de un fideicomiso en garantía es un acreedor del fiduciario y debe presentarse a verificar en el concurso por el crédito principal denunciando su garantía, sin que tal conducta transforme o modifique el derecho proveniente de su calidad de beneficiario del fideicomiso.

Hay tres intereses en juego a la hora que el acreedor verifique su crédito en el concurso:

- En interés de acreedor particular: pues ante la insuficiencia del fideicomiso, el acreedor podría intentar cobrar la diferencia en moneda de concurso o quiebra.
- En interés del deudor: pues ante el pago de su crédito en los términos del acuerdo homologado o por medio de la distribución de fondos de la quiebra, el acreedor podría renunciar expresamente o tácitamente a la garantía proveniente del fideicomiso. Pero lo más importante es que si el crédito principal es verificado por un monto inferior al valor de los bienes fideicomitados, la diferencia, una vez satisfecho íntegramente aquel crédito, reingresará al patrimonio del deudor, puesto que en este contrato el fiduciante es generalmente el fideicomisario.
- En interés de la “masa” de acreedores: pues ante la posibilidad de que el juez concursal declare inexistente o ilegítimo el crédito principal de este acreedor o lo verifique por un monto menor al pretendido ya no podrá ejecutar el fideicomiso y cobrar en su totalidad el crédito originario garantizado con él.

En consecuencia si el crédito principal garantizado con el fideicomiso se declara ilegítimo o inexistente o se reconoce con un monto menor al insinuado y fijado en el contrato, esta sentencia sin dudas tendrá efectos sobre la forma de ejecución de la garantía, la que posee cierto grado de accesoriidad a su respecto.

6. Insinuación del crédito

El crédito debe insinuarse como quirografario, debido a que hay diferentes razones que descartan las posturas de calificada doctrina que entiende que se trata de una preferencia o un privilegio.

La garantía proveniente del fideicomiso no crea un privilegio especial ni un derecho real sobre cosa ajena pues los bienes fideicomitidos a favor del beneficiario no son de su propiedad y no pertenecen al activo del concursado, sino como un crédito eventual. En primer lugar, aunque se parece a la hipoteca o prenda, el beneficiario del fideicomiso en garantía solo posee un derecho personal y no real sobre los bienes fideicomitidos. En segundo término, porque el derecho personal del acreedor beneficiario debe ser ejercido contra el fiduciario y no contra el concursado fiduciante y eso lo asemeja a una garantía proveniente de un tercero. De la aceptación de esta analogía fluye la justificación de la exigencia que he propiciado en relación a la carga, no ha de verificar el crédito principal garantizado con el fideicomiso, sino de denunciar la existencia del fideicomiso, tal como acontece con toda la garantía. La tercera razón es por cuanto no podría nunca ser un acreedor privilegiado especial si consideramos que los bienes fideicomitidos no pertenecen al patrimonio del concursado y su futuro reintegro mismo es meramente eventual.

La preferencia considerada como una categoría autónoma de los privilegios concursales, se encuentra expresamente velada por el *artículo 239 de la ley 24.522*, cuya sanción resulta posterior a la ley 24.441.

El citado artículo 239 de la LCQ dispone en su párrafo 1º que, existiendo concurso, solo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo (Cap. I de los privilegios) y conforme a sus disposiciones.

En igual sentido el art 3876 del Código Civil establece, con relación a la fuente de los privilegios, que éstos no puedan resultar sino de una disposición de la ley.

Se debe tener en cuenta también que el fideicomiso no se encuentra mencionado en la enumeración taxativa de los privilegios concursales del artículo 241 de la ley 24.522.

7. Verificación de la garantía proveniente de un fideicomiso en el concurso del fiduciante

No debe verificarse por cuanto la única obligación que nace del fideicomiso en cabeza del fiduciante se agota con la transmisión de los bienes.

8. Denuncia de la existencia de fideicomiso de garantía

La existencia del fideicomiso debe ser denunciada tanto por el acreedor beneficiario al pedir la verificación como por el deudor en su presentación en concurso preventivo o pedido de propia quiebra. Ello así, por cuanto si bien la ley solo exige al deudor denunciar en el concurso la coexistencia de codeudores, garantes, terceros obligados o responsables y al acreedor solo los privilegios (*art 32 LC*), no hay dudas que este contrato debe ser denunciado por ambos, en aras de lograr la transparencia que debe rodear a este tipo de negocios. Así, sin que ello se derive consecuencia disvaliosa ni presunción alguna respecto de los efectos de tal denuncia en el funcionamiento del contrato de fideicomiso, el juez, el síndico y el resto del universo de los acreedores concursales deben conocer y controlar su legítima ejecución. Tal denuncia en el concurso permitirá que todos los interesados ejerzan el control necesario para evitar que el acreedor perciba su crédito mediante la ejecución del contrato de fideicomiso y se perfeccione una indebida duplicidad en la satisfacción de la acreencia.

Por otro lado tal denuncia posibilitará al síndico concursal a efectuar el seguimiento necesario para comprobar la eventual existencia de sobrante, luego de cumplido el cometido fijado en el contrato y el reingreso de los bienes fideicomitados al activo concursal en el caso que el deudor hubiera sido designado fideicomisario.

9. Relación de accesoria entre el fideicomiso de garantía y el crédito principal

Dado que este tipo de fideicomiso tiene una función de garantía, participa del carácter accesorio propio de esta especie de actos jurídicos, pero los efectos propios de toda obligación accesoria deben ser interpretados de acuerdo al fin que se tuvo en miras de celebrar el contrato. Por ello, es evidente que si el crédito principal es declarado ilegítimo o inexistente en el concurso preventivo, o si se lo verifica por un monto menor al pretendido, tal sentencia, al vincularse a la obligación principal, incidirá sobre la forma de ejecutar el fideicomiso, por ser su obligación accesoria. No sería legítima la ejecución de la garantía si el crédito principal fuera rechazado en su totalidad. Tampoco sería viable la ejecución de la garantía si el crédito fuera admitido en parte. El fiduciario deberá aguardar los resultados del proceso verificadorio llevado a cabo por el acreedor de la relación principal (beneficiario del fideicomiso) para proceder a la ejecución del encargo fiduciario asumido.

10. Conclusiones

En relación a lo mencionado en párrafos anteriores, a continuación se detallan las siguientes conclusiones:

- El beneficiario de un fideicomiso en garantía ve asegurado el cobro de su crédito mediante la ejecución del fideicomiso, aunque el fiduciante se encuentre en concurso preventivo.
- Dado su doble carácter de beneficiario del fideicomiso y acreedor del crédito principal, debe cumplir con la carga verificatoria impuesta por la ley concursal, ya que su caso no configura una excepción a la regla general. (*Ley 24.552, art 32*)
- Tal pedido de verificación no genera novación de la obligación proveniente del contrato ni importa la renuncia de ninguno de los derechos pactados en el fideicomiso, los que mantiene en calidad de beneficiario.
- El crédito principal a verificar debe ser graduado como quirografario, por cuanto la ley no prevé que el fideicomiso en garantía otorgue un privilegio al beneficiario y no hay privilegios convencionales ni invocables durante el concurso si no están previstos en la ley concursal.
- El acreedor del concursado, que también es beneficiario de un fideicomiso en garantía, debe denunciarlo en el concurso, por cuanto si bien los bienes fideicomitados están excluidos del activo concursal, su existencia puede producir efectos en el concurso.
- El deudor de la obligación principal que además es fiduciante de un fideicomiso en garantía, también debe denunciarlo, porque hay un derecho eventual a reincorporar los bienes transferidos al fideicomiso.
- El contrato de fideicomiso no se ve afectado por el acuerdo que se homologue en el concurso, pero incide en su ejecución el contenido de la sentencia verificatoria de la sentencia principal, en tanto se expida respecto de su existencia, cuantía y legitimidad.

C. Fideicomiso financiero

1. Concepto

Es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas generales, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.

Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de deuda pública.

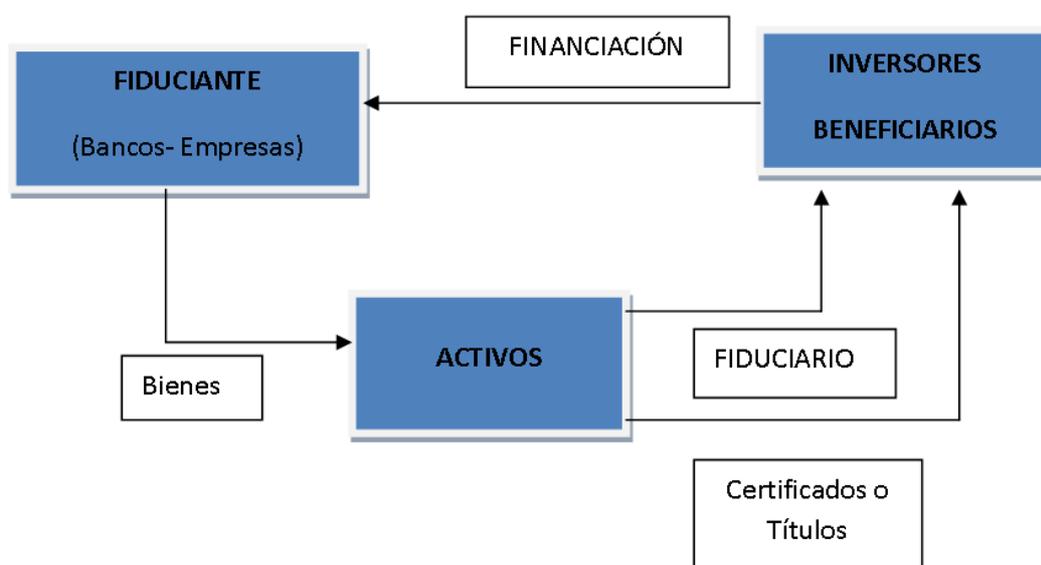
Los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitados podrán ser emitidos por el

fiduciario o por terceros, según fuere el caso. Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda podrán ser al portador o nominativos, endosables o no, o escriturales.

La ley 24.441 prevé que el patrimonio fideicomitado sea insuficiente, en cuyo caso si no hubiere previsión contractual, el fiduciario será citado 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.

En conclusión el fideicomiso financiero implica un proceso de securitización o titulización, o sea la transformación de una masa de activos o créditos en un conjunto de títulos valores, lo que permite movilizarlos y cobrarlos por anticipado con descuento, eliminando riesgos y con ventajas de tasas. En la titulización mediante un fideicomiso financiero, el fiduciante es el originador (sujeto titular de los créditos que los selecciona y homogeniza), el contrato de fideicomiso financiero es el vehículo (forma jurídica de sacar los activos del patrimonio del originante), el fiduciario es el tomador (entidad o banco de inversión que actúa como colocador y normalmente suscribe un contrato de underwriting), los beneficiarios son los inversores institucionales o individuales (adquirentes de títulos de deuda o certificados de participación) y el fiduciario puede cumplir por sí o delegar a un tercero las funciones de administrador o depositario, pudiendo intervenir también una calificadora (de los riesgos), un garante (aseguradora o entidad financiera) y un financista (proveedor de los fondos ante faltas temporales).

Figura 5



Fuente: elaboración propia

2. Características

- a. En contraposición a lo visto hasta el momento, la principal diferencia entre este tipo de fideicomiso y los explicitados anteriormente, radica en la figura de fiduciario. Éste debe ser una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la CNV para desempeñarse como fiduciario financiero. Con esta figura se pretendía, al menos inicialmente, que se preservara mediante una prudente reglamentación su carácter empresarialmente neutro, salvo en lo que respecta a comisiones y remuneraciones del fiduciario profesional.
- b. Los certificados de participación en el dominio fiduciario y los títulos representativos de deuda garantizados con bienes fideicomitados deberán contar con dos calificaciones de riesgo independientes por medio de las sociedades que con tal objeto se hallan registradas en la CNV.
- c. El objetivo de un fideicomiso financiero es emitir o garantizar con bienes fideicomitados, títulos representativos de deuda o certificados de participación en el dominio fiduciario de los bienes.
- d. La colocación de estos títulos podrán hacerse tanto por oferta pública o por colocación privada.

Capítulo III

Concurso preventivo y quiebra: influencia en los sujetos y etapas del contrato de fideicomiso (en general)

A. El rol del fiduciario frente al fideicomiso

Siendo la confianza el alma del negocio, las cualidades personales del fiduciario configuran un elemento esencial del mismo, pudiendo ser un contrato denominado *intuitu personae*.

Si bien la ley 24.441 no define exhaustivamente sus obligaciones, las engloba en las de obrar con la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios.

Este rango de actuación, sumado a la rigurosidad con la cual la ley fija las causales de su cesación en el cargo y la forma de sustitución, dejan ver el rol fundamental del fiduciario, las cualidades tenidas en cuenta para su elección y las expectativas generadas respecto del ejercicio de su función.

B. Efectos del concurso preventivo del fiduciario frente al contrato de fideicomiso

El concursamiento preventivo del fiduciario no afecta al patrimonio fideicomitado. La ley 24.441 preside una separación patrimonial casi absoluta entre los bienes personales del fiduciario. (*Ley 24.441, art 14*)

Los acreedores del fiduciario no pueden agredir los bienes fideicomitados. (*Ley 24.441, art 15*)

La ley dice que el patrimonio fideicomitado queda exento de la acción colectiva de los acreedores personales del fiduciario. Y quedar exento, no es solo no ser declarado en quiebra (*ya que esta situación se encuentra exceptuada por el art 16 ley 24.441*), sino que significa que los efectos de la falencia del fiduciario no afecta al fideicomiso.

Por ello, todos los efectos del concurso preventivo sobre el patrimonio personal del fiduciario no afectan al fideicomiso.

En consecuencia, no se requiere vigilancia del síndico en la administración del patrimonio fiduciario (*LCQ, art 15*), tampoco existe limitación en realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores anteriores a la presentación (*LCQ, art 16*), no debe requerir autorización judicial para disponer de bienes registrados a nombre del fideicomiso no puede ser separado de la administración de los bienes fideicomitidos (*LCQ, art 17*)

El principio general es que la convocatoria de acreedores no causa por si la resolución de los contratos, desde que el concursado mantiene la administración de su patrimonio y requiere de la continuidad de su actividad para poder superar su crisis. En el concurso preventivo no se produce el desapoderamiento de los bienes del concursado ni pierde este su administración, aunque sea vigilada por la sindicatura. (*LCQ, art. 15*)

La regulación específica distinta en el proceso concursal está dada para los denominados contratos con prestaciones recíprocas pendientes (*LCQ, art. 20*), la que no se refiere a una categoría especial de contratos sino al estado determinado en que se encuentran las prestaciones emergentes.

El contrato de fideicomiso no puede considerarse incluido en la previsión del art. 20 de la *LCQ*, principalmente por cuanto los bienes afectados a su cumplimiento permanecen ajenos al activo concursal. De otro lado, si bien es de ejecución continuada es improbable que posea prestaciones recíprocas pendientes, ya que una vez perfeccionado el mismo y transmitido el dominio de los bienes fideicomitidos, existen sustancialmente obligaciones en cabeza del fiduciario.

Así mismo. Aún cuando existiese alguna prestación pendiente en cabeza del fiduciante, además de la asumida por el fiduciario, y se considerase aplicable dicha normativa al contrato, ella solo podría dar lugar a la cesación y sustitución del fiduciario concursado, pero no a la resolución del contrato, el que debería continuar con el nuevo fiduciario para el caso de falencia.

Es decir que, si bien ante la quiebra del fiduciario el fideicomiso se encuentra entre los contratos resueltos (*LCQ, art. 147*) no ocurre lo mismo en el concurso preventivo, proceso en el cual este contrato no puede resolverse, ni siquiera respecto de una sola de las partes, ya sea porque se considera excluido de los alcances de este proceso o bien por no configurarse en el supuesto legal que excepcionalmente autoriza a resolver los contratos en el concurso preventivo. A todo evento, solo se obtendría la sustitución del fiduciario y la conservación del contrato.

C. Influencia del concurso preventivo en la calidad subjetiva del fiduciario

El fiduciario concursado puede legalmente seguir ejerciendo su función, tal como lo venía haciendo cuando se hallaba *in bonis*, con una única y obvia salvedad, que no se mezclen los activos y pasivos, tal lo cual deberá vigilar el síndico concursal en resguardo de los intereses del concurso. No existe ninguna norma en la ley 24.441 ni en la concursal que disponga lo contrario y el principio

constitucional según el cual todo lo que haya prohibido debe considerarse permitido también rige en una conducta de negocios.

Desde el punto de vista personal, el concursado no se encuentra inhabilitado en los términos del art 234 y 238 de la LCQ por lo que si puede ser administrador de sociedades, factor o apoderado de un comerciante, no existe óbice a que se desempeñe como fiduciario.

La ley no prohíbe al concursado ser fiduciario. El contrato de fideicomiso no se ve afectado por el trámite seguido durante el proceso ni por el acuerdo que se homologue en el concurso preventivo, no pudiendo invocarse el art.20 de la LCQ para propiciar su resolución.

El concurso preventivo del fiduciario no provoca su automática cesación en la función, esto no obsta a que sea promovida una acción de remoción si se demuestra que con motivo del concurso preventivo, el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario han perdido la confianza en el fiduciario.

D. Efectos de la quiebra del fiduciario

El art 9 inciso d) de la ley 24.441 establece expresamente que la falencia del fiduciario es una causal de cesación en el cargo, se va a profundizar en el análisis de lo que justifica dicha disposición. La doctrina ha señalado que un fallido no despierta psicológicamente la sensación de prudencia y diligencia que todo fiduciante espera encontrar y es esa desconfianza el fundamento de dicha prohibición.

Desde otra óptica algunos autores postulan que si la quiebra importa el desapoderamiento de los bienes del deudor, estándole vedada no solo su disposición sino también su administración (LCQ, art 107), el fiduciario fallido carece de facultades suficientes para llevar a cabo su cometido, también debe considerarse que los bienes fideicomitidos no se encuentran alcanzados por el desapoderamiento y deben calificarse como bienes excluidos por otras leyes, según el art 108 inciso 7 de la ley 24.522.

La quiebra del fiduciario determina su cesación en tal función, por cuanto la ley supone iuris et de jure que no podrá cumplir con el rol encomendado (ley 24.441, art 9). Se ha perdido la confianza y se encuentra inhabilitado por la ley falencial para ejercer cargos análogos (LCQ, art 238).

E. Quiebra del beneficiario

También puede ser que el beneficiario se declare en situación de insolvencia. El patrimonio del beneficiario es independiente del patrimonio fideicomitido y el beneficiario no tiene ningún

derecho real sobre el mismo. Solo tiene un derecho personal sobre los beneficios pactados una vez aceptada la condición del beneficiario (ley 24.441, art 2). Y ese derecho personal sobre aspectos pecuniarios integrará la masa falencial. Debe determinarse si los beneficios tienen la naturaleza de un acto gratuito u oneroso. Si tienen la consistencia de un acto a título gratuito, el régimen tendrá algún parecido a la donación. Así, en este sentido tiene aplicación la norma art 112 LCQ, el cual dice: la condición de que los bienes legados o donados no queden comprendidos en el desapoderamiento es ineficaz respecto de los acreedores, sin perjuicio de la subsistencia de la donación o legado, de las otras cargas o condiciones y de la aplicación del art 111, LCQ.

Por ello, si el beneficiario recibiere beneficios periódicos a título gratuito en virtud de un fideicomiso, los que ingresan formarán la masa activa de la quiebra y quedan sometidos al desapoderamiento del art 107, LCQ.

Ahora bien, si la obtención del beneficiario estuviese sometido a alguna carga por parte del beneficiario, el síndico de la quiebra del futuro beneficiario, puede no aceptar la condición del beneficiario (*LCQ, art 113, 2º párrafo*). Si el síndico rechaza el beneficio, el beneficiario fallido puede aceptarla para sí mismo, pero el donante no podrá exigir el cargo al concurso (*LCQ, art 113, 3º párrafo*).

F. Concurso o quiebra del fiduciante

En este caso nos remitimos al artículo 15 de la Ley de Fideicomiso en donde claramente expresa que, no podrán agredir, los acreedores del fiduciante, los bienes fideicomitidos. En este caso es oponible el fideicomiso ante los acreedores. La excepción a esta situación es que si se demuestra fraude por parte del fiduciante en la constitución del fideicomiso, el mismo es inoponible frente a los acreedores.

G. Acuerdo preventivo extrajudicial

La situación concursal preventiva no afecta las funciones del fiduciario concursado, tampoco lo hace el acuerdo preventivo extrajudicial (LCQ, art 69), que tiene menores consecuencias patrimoniales respecto del fiduciario. En efecto, los acreedores no suscriptos del acuerdo conservan sus acciones individuales y no están sometidos a los efectos del acuerdo, salvo lo previsto en el art 76 de la LCQ.

Conclusión: Diferentes aristas que admite el tema

Situación de los fideicomisos preconcursales frente al concurso preventivo y la quiebra

En este caso se debe tener en cuenta que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. En caso de insuficiencia de estos bienes 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 el contrato, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integran y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra.

Un fideicomiso después de abierto el concurso: continuidad de la empresa

Este aspecto contempla la posibilidad de autorizar un fideicomiso después de abierto el concurso para lograr la continuidad de la empresa.

La preservación, continuación o mantenimiento en funcionamiento de la empresa concursada constituye un valor a tutelar por el régimen concursal en tanto giran a su alrededor una pluralidad de intereses (de los trabajadores, acreedores, fisco, accionistas y directores, la comunidad en general).

El mantenimiento de ese principio de conservación empresaria en la ley vigente es reconocido pacíficamente por la doctrina nacional.

Sería un contrasentido el hecho de que, por un lado, se reconociera con la apertura del proceso concursal la vigencia de esa gama de legítimos intereses que sólo pueden realizarse cabalmente con la preservación de la empresa, y por el otro ésta se viera privada de los medios para satisfacerlos.

Por eso el deudor concursado tiene derecho a la conservación de su empresa y aunque lo haga primariamente en su interés, al hacerlo debe también obrar como custodio de los demás interesados en dicha conservación, que hemos mencionado supra.

Derivadas del señalado principio de conservación de la empresa, que está por encima de todos los derechos individuales que a través de aquél optimizan su propia realización, existen numerosas normas legales de protección del patrimonio del concursado, con especial tutela de los flujos de fondos necesarios para el mantenimiento de la actividad, durante el trámite del proceso preventivo. Entre ellas, pueden mencionarse los artículos 15 a 17 sobre mantenimiento de la administración por el concursado; artículo 16, segundo párrafo, sobre admisión del “pronto pago”

de los créditos laborales, los que deberán ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación; artículo 16 citado, quinto párrafo, sobre la facultad del juez de autorizar actos determinados por la ley o todo aquel que “exceda de la administración ordinaria de su giro comercial”, ponderando “la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores”; artículo 19, sobre la suspensión del curso de los intereses por todo crédito de causa o título anterior que no esté garantizado con prenda o hipoteca; artículo 20 párrafos primero, segundo y tercero, sobre la elección por el deudor de los contratos con prestaciones recíprocas que han de continuar o se han de discontinuar; con autorización judicial en el primer caso; artículo 20, párrafos cuarto a séptimo, sobre suspensión de los convenios colectivos de trabajo vigentes por el plazo de tres años o el del cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor, rigiendo durante dicho lapso los contratos individuales y la ley de contrato de trabajo, y debiéndose negociar un convenio colectivo de crisis; artículo 20 citado, octavo párrafo, sobre la imposibilidad de suspender los servicios públicos que se presten al deudor por deuda con origen con fecha anterior a la apertura del concurso; artículo 21, incisos 1) y 2) relativos a la radicación ante el juez del concurso de juicios de contenido patrimonial y su suspensión, con la extensión y limitaciones que se prevén; artículo 21 citado, inciso 3), sobre la prohibición de deducir nuevas acciones de contenido patrimonial contra el concursado por causa o contenido anterior a la presentación, excepto las que no sean susceptibles de suspensión; artículo 21 citado, inciso 4), sobre la posibilidad de levantamiento de las medidas precautorias trabadas, cuando recaigan sobre bienes necesarios para continuar con el giro ordinario del comercio del concursado; el artículo 22 sancionando de nulidad a las estipulaciones contrarias a los artículos 20 y 21; el artículo 24, que posibilita la suspensión temporaria, bajo el criterio del artículo 16 -últ. párr.- (conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores) de subastas y medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada en la ejecución de créditos con garantías prendarias o hipotecarias; el artículo 23, con disposiciones especiales (rendición de cuentas y depósito del remanente en el juicio de concurso) para los casos de ejecuciones por remate extrajudicial.

Las normas reseñadas puede extraerse un principio general aplicable a los flujos de fondos producidos durante la administración en el concurso preventivo, a saber: los flujos de fondos que ingresen o que se generen con posterioridad a la presentación del concurso por la administración de los bienes del deudor, deben utilizarse para mantener y facilitar el desarrollo de la actividad ordinaria del concursado.

Esta regla comprende los fondos producidos por la propia actividad ordinaria como los ingresados en virtud de actos anteriores o de los posteriores que el juez autorice (aun extraordinarios).

Se trata pues de la afectación de los flujos activos consistentes en los ingresos producidos por las actividades del deudor con anterioridad a su concursamiento e ingresados con posterioridad, y los nuevos ingresos producidos después de la presentación, los cuales deben quedar afectados al mantenimiento de la actividad.

Al respecto, calificada doctrina sostiene que la realización de un fideicomiso de garantía no puede contrariar el principio de continuación de la empresa hasta que se decida su suerte en el concurso preventivo, debiendo el juez adecuar la ejecución del fideicomiso a la necesaria continuación del giro empresario.

En igual sentido, el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina concluyó por consenso en su reunión académica del 30/9/2004, que *“el fideicomiso de garantía sobre el flujo de fondos futuros, constituido fuera del período de sospecha, es oponible al concurso preventivo mientras no afecte los fondos necesarios para la prosecución de la empresa”*.

En instancia de medidas cautelares concursales, la jurisprudencia ha hecho claras aplicaciones de estos criterios.

Así, en el caso *“Club Atlético San Lorenzo Asociación Civil s/concurso preventivo s/inc. de apelación”* además de afirmarse la carga de verificación del cesionario, se señaló *“... el recurso tendrá favorable acogida, ya que el temperamento expuesto, que evitará el débito de los derechos de televisión correspondientes al Club, adquiere relevancia en las particulares circunstancias del caso... principalmente ante la existencia de un proceso concursal en trámite, donde la adopción de la solución contraria podría afectar sensiblemente la continuidad de la actividad de la deudora, que debe ser preservada en aras de lograr una solución preventiva que satisfaga los intereses patrimoniales comprometidos y que -asimismo- respete la igualdad de los acreedores”*.

En el caso *“Dinar Líneas Aéreas SA s/concurso preventivo”*, fallo del 9/8/2002 del Juzgado de Quiebras Concursos y Sociedades de la 2da. Denominación de Salta (LL - 28/5/2003 - pág. 7), se suspendió la ejecución de un fideicomiso de garantía que comprometía la continuidad de la empresa, incluso en la etapa de ante concurso, por implicar *“la retención de la totalidad de los fondos”*, lo que significaba el bloqueo de la recaudación ordinaria de la empresa”. (Ver anexo)

Posteriormente, en *“Kayders SA s/conc. prev.”* se resolvió, respecto de un fideicomiso de garantía sobre un campo, que la pérdida del bien implicaba inexorablemente la quiebra de la empresa, por lo que se suspendió la ejecución del bien por 90 días, plazo que se acordó a la concursada para que dedujera las acciones que estimara corresponder contra la regularidad del fideicomiso. (Ver anexo)

En consecuencia, y más allá de cierta diversidad de criterios, casos y soluciones, se advierte que existe una tendencia jurisprudencial que admite la interferencia del juez concursal respecto del fideicomiso cuando se determina su grave incompatibilidad con la continuación de la empresa y con la solución preventiva, tendencia a la que adherimos plenamente.

Propuesta de constitución de fideicomiso para pagar a los acreedores concursales

Posibilidad de que la propuesta concordatoria incluya la constitución de un fideicomiso para pagar a los acreedores concursales. En este caso se abre un fideicomiso de administración siendo los beneficiarios los acreedores del concurso.

En este caso podemos citar el *Fallo Pedro López e Hijos SACIA* por concurso, donde se constituyó el famoso “Fideicomiso Metro” en el cual en el acuerdo homologatorio se establecen tres alternativas dentro de las cuales la alternativa B consistió en crear un fideicomiso para que luego los acreedores quirografarios se cobrarán con lo producido por ese fideicomiso, lo que proponía este fideicomiso era la administración de los bienes, su posterior liquidación y el pago a los acreedores (beneficiarios). (Ver anexo)

Fideicomiso a favor de los acreedores posconcursoales como garantía ante quiebra

Posibilidad de que luego de la homologación se constituya algún fideicomiso a favor de los acreedores posconcursoales (proveedores) para garantizarles que una eventual quiebra por incumplimiento del acuerdo no afectará sus posibilidades de cobro. Esta posibilidad de crear un Fideicomiso luego de la Homologación del Acuerdo Preventivo, se puede dar forma a través de un Fideicomiso de Administración en donde los Beneficiarios del producido de dicho fideicomiso sea para garantizar el pago de los acreedores post concursales ante una posible Quiebra de por incumplimiento del Acuerdo. De esta situación podemos observar que pueden existir más de un Fideicomiso dentro de la misma Sociedad en Proceso de Concurso preventivo; uno que sea para proteger el derecho a cobro de los acreedores concursales y otro que sea para garantizar el cobro de los acreedores post concursales, o bien pueden coexistir distintos beneficiarios dentro de un mismo fideicomiso, los cuales serían los distintos tipos de acreedores. Cualquiera sea las opciones planteadas la figura ideal sería un Fideicomiso de Garantía. El fideicomiso de garantía en estos casos puede ser una muy buena herramienta para solucionar este inconveniente. El fiduciante (concursoado) entrega en propiedad fiduciaria ciertos bienes, y el fiduciario (síndico) tendrá el encargo de devolverlos al concursoado cuando el juez tenga por cumplidas las condiciones del acuerdo.

En caso que el acuerdo no llegue a concretarse, el fiduciario deberá proceder a la ejecución de conformidad con el procedimiento pactado en el acto constitutivo o el indicado por el juez del concurso, y con el producido de ello, pagará a los acreedores en la proporción a sus acreencias y de acuerdo a los privilegios establecidos.

Bibliografía

- Argentina. *Ley N° 24.441/94 de Financiamiento de la vivienda y la construcción*. Disponible en www.infoleg.gov.ar.
- Argentina. *Ley N° 24.552/95 de Concursos y Quiebras*. Disponible en www.infoleg.gov.ar.
- Argentina. *Proyecto de Ley 4031-D-10. Concursos y Quiebras. Ley N° 24.522. Modificaciones, sobre regulación del fideicomiso de garantía*.
- Argentina. *Proyecto de ley modificando el art. 2° de la ley n° 24.522 y el art. 16° de la ley n° 24.441 acerca de la incorporación de los fideicomisos no financieros entre los sujetos comprendidos en la declaración de concurso*. Exp : 1275-s-2010. El Senado y Cámara de Diputados.
- Balestra, R. (14/07/2010). *Acerca de la carga de verificar el crédito garantizado con un fideicomiso de garantía y la preferencia emanada del mismo*. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. FERONCO S.A. s/conc. prev. s/inc. de verif. por: SINSBUR S.A. La Ley.
- Camerini, M. (2012). *Verificación de crédito y fideicomiso de garantía en operaciones financieras*. IJ Editores.
- CNCOM - Sala E. *Feroanco S.A. s/ Concurso preventivo s/ incidente de verificación (por Sinsbur S.A.)*. El Dial Express 21-09-2010.
- CNCOM, *Kayders SA. s/ concurso preventivo s/ inc. De apelación (medida cautelar)*. Sala E - 08/05/2006.
- Favier Dubois, E. (P) y Favier Dubois, E. (H) (2009). *Fideicomisos financiero, flujo de fondos y concurso preventivo. El Caso Bonesi: Conclusiones provisionales y temas abiertos*. Suplemento de Concursos y Quiebras. Buenos Aires: La Ley.
- Favier Dubois, E. (P) y Favier Dubois, E. (H) (2012). *El contrato de Fideicomiso frente al Régimen Concursal*. Buenos Aires: Errepar.
- Favier Dubois, E. (P) y Favier Dubois, E. (H) (2013). *El fideicomiso de protección de la caja de la empresa. Fundamento legal, ventajas y límites*. Buenos Aires: Errepar.
- Ferro, C. (2012). *Actualidad jurisprudencial y doctrinaria sobre Fideicomiso y Concurso*. El Dial Express.
- Juzgado de 1a Instancia de Quiebras, Concursos y Sociedades de 2a Nominación de Salta. (09/08/2002). *Dinar Líneas Aéreas S.A. s/conc. prev.*. LL 2003-D, 19..
- Molina Sandoval, C. (2004). *El fideicomiso contractual en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia*. Buenos Aires: Abaco.
- Paolantonio, M. (2009). *La insolvencia del fiduciante en el fideicomiso financiero*. Buenos Aires: La Ley.
- Perez Hualde, F. (2008). *Derecho de los Contratos*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Rufino, Marco A. *Fideicomiso de garantía*. Publicado en: DJ 05/03/2008, 596 - DJ 2008-I, 596 - LA LEY 07/05/2008, 10.
- Wonoga, Gustavo. (2010) *Fideicomiso de Administración*. Buenos Aires. Errepar

Páginas consultadas

ERREPAR, www.errepar.com

Favier Dubois & Spagnolo. Abogados y Consultores, www.favierduboisspagnolo.com

Oswaldo H. Soler y Asociados, www.soler.com.ar

Administración Federal, www.afip.gov.ar

Comisión Nacional de Valores, www.cnv.gob.

Anexo

Algunos fallos relacionados al tema

En el presente anexo se recopilan los fallos mencionados en el trabajo, para una mejor comprensión del mismo:

Pedro López e hijos SACIA

PARTE/S:	Pedro López e Hijos SACIA p/concurso
TRIBUNAL:	Juzg. Proc. Conc. y Reg. Mendoza - N° 3
SALA:	-
FECHA:	13/04/2004

Mendoza, 13 de abril de 2004

AUTOS Y VISTOS:

Los presentes autos arriba caratulados, venidos a despacho para resolver sobre el llamamiento de fs. 8349; y,

CONSIDERANDO:

1. Que a fs. 6624/6630 se dictó sentencia homologatoria del Acuerdo propuesto por la concursada, sin perjuicio de la aceptación parcial de la impugnación planteada por Argenfruit.
2. Con fecha 27 de diciembre de 2002 (fs. 6828/6837) se dictó la sentencia de la Excma. Tercera Cámara de Apelaciones de Mendoza, que confirmó la resolución de primera instancia con la modificación de los dispositivos 8) y 9).
3. A fs. 8063/8085 obra sentencia de la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia, en la que con fecha 24 de junio de 2003 admitió los recursos de inconstitucionalidad deducidos y en consecuencia anuló la decisión de fs. 6828/6837, la que quedó redactada de la siguiente manera: "... I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 6633 por Argenfruit y, en consecuencia revocar los dispositivos 2), 3) y 7) de la resolución de fs. 6624/6630, dejar en suspenso los dispositivos 4), 5), 10) y 11) de la misma y reenviar la causa al señor juez del concurso para que, conforme el procedimiento que estime conveniente, otorgue al concursado la oportunidad de solucionar el abuso declarado y en la extensión reconocida por esta Sala y proceda a dictar nuevo pronunciamiento".
4. A fs. 8234/8235 se resolvió otorgar a la concursada un plazo extraordinario de cinco días, dentro del cual debería reformular la propuesta de Acuerdo preventivo y efectuar las modificaciones que, conforme a las pautas alternativas señaladas en los considerandos, subsanaran el abuso declarado por la Suprema Corte de Justicia. Entre

las pautas alternativas se indicaron: a) mejorar la propuesta general -básica o residual- y de manera tal que resulte acreditado que los acreedores incluidos en la misma obtengan una satisfacción de sus acreencias igual a las de los acreedores incluidos en la alternativa B; b) incluir más bienes en el fideicomiso comprensivo de la alternativa B, en la misma proporción de los acreedores que pasarían de la propuesta general a la alternativa B; c) hacer una reserva sobre el resto de los bienes de la concursada no ingresados al fideicomiso -es decir a la alternativa B- para afectar al pago de los acreedores respecto a los cuales se concluyó que existía trato discriminatorio asegurando que perciban sus acreencias en la misma proporción que los acreedores incluidos en la alternativa B (cfr. fs. 8234/8235).

5. A fs. 8283/8287 la concursada adecua la propuesta de Acuerdo preventivo. Manifiesta que a tal efecto ha realizado un esfuerzo importante conducente a encuadrarse dentro de los cánones determinados en las resoluciones de la Excma. Suprema Corte de Justicia y resolución de este Tribunal de fs. 8234/8235.

Que a tal efecto, y siguiendo el ejemplo dado por la Sala I de la Suprema Corte ha resuelto incorporar nuevos bienes al “Fideicomiso Metro”, los cuales, acreditadamente, cuentan con los valores suficientes a la proporción y extensión del ingreso de los acreedores que pasen a integrar la alternativa B (bienes fideicomitados). Así se agregan a los bienes fideicomitados, bienes inmuebles, para su posterior liquidación, contribuyendo a la cancelación de la deuda verificada quirografaria de la totalidad de los acreedores que resulten incluidos finalmente en esta categoría. Que se cumple el recaudo de incluir bienes en la misma proporción de los acreedores que pasarán de la propuesta general a la alternativa B.

Que asimismo la incorporación de bienes se complementa con la mejora del patrimonio neto del Fideicomiso Metro, en tanto el inmueble hipotecado a favor del Lloyds TSB Bank y atento al pago cancelatorio efectuado al acreedor del total del crédito verificado, efectuado por la suma total de \$ 1.350.000 -proveniente del contrato de usufructo celebrado con Supermercados Norte SA- ha quedado libre de gravámenes y en tanto este bien fue incluido dentro de los inmuebles que conformarían el Fideicomiso Metro, esto importa una mejora del patrimonio fideicomitado.

Efectúa un detalle pormenorizado de los inmuebles que se incorporan al fideicomiso y acompaña constancias instrumentales que acreditan sus asertos.

Concluye que la mejora en la propuesta para los acreedores quirografarios consiste en la incorporación de bienes inmuebles por un valor total de \$ 7.725.000 y en la cancelación del gravamen hipotecario al Lloyds Bank sobre el inmueble cedido al fideicomiso. Entiende que de esta forma los acreedores en la propuesta general -básica o residual- obtienen la satisfacción de sus acreencias en la misma forma que los de la alternativa B.

6. Conforme a lo resuelto a fs. 8318, dispositivo 2, de la reformulación presentada se corre vista a Sindicatura y al Comité de Acreedores.

7. La primera contesta a fs. 8325/8327. Efectúa diversas consideraciones que por razones de brevedad doy por reproducidas.

8. El Comité de Acreedores comparece a fs. 8329 y presta expresamente su conformidad con la mejora y adecuación de la propuesta presentada por la concursada, en tanto sostiene que la concursada se ha ajustado estrictamente a lo resuelto por la sentencia de fecha 24 de junio de 2003 y resolutive de fs. 8234/8235. Que los bienes incorporados cumplen con los recaudos exigidos por la Suprema Corte y se complementan con la mejora del patrimonio neto del Fideicomiso Metro, en virtud de la cancelación del gravamen hipotecario que recaía sobre uno de los inmuebles.

9. A fs. 8315 y 8341 se tiene presente lo expresado por los acreedores presentantes a fs. 8313/8314 y 8339/8340.

10. En el fallo recaído a fs. 8063/8085 la Corte no obstante admitir que frente al reconocimiento de la procedencia de las impugnaciones formuladas, la regla (artículo 51, LC) resulta ser la declaración de quiebra o la apertura del procedimiento de salvataje, concluyó que: "... la misma no es absoluta y que excepcionalmente el juez podrá adecuar o dar las pautas para adecuar la propuesta de modo tal que el abuso desaparezca" (SC Mendoza - 24/6/2003 - "in re" "Argenfruit SA" - 75.945; J: 5759/27.007 - "Pedro López e Hijos SACIA p/conc. s/inc. cas.").

Con lo cual se plasmó la tendencia más moderna que pregona en este sentido la doctrina y jurisprudencia concursalista. Dice Maffia: "... Eso significa que la homologación desestimada no conlleva la quiebra del frustrado concursado. Ni concordato ni quiebra, según era el destino bifronte de los regímenes tradicionales. Como los ángeles caídos, el cielo los rechaza y el infierno no los recibe... Pensamos que una salida incruenta consistiría en repetir la etapa de negociación entre el concursado y los acreedores o en otorgar al deudor la chance de superar el óbice que hubiese impedido la homologación" (Maffia, Osvaldo: "La homologación en la ley 24522 modificada por la ley 25589" - Suplemento LL - 11/12/2002). Postura receptada en fallos donde se advierte una clara tendencia de los jueces concursales a que, aun llegando a la conclusión de que existe abuso, y en tanto se trate de circunstancias que pueden revertirse, otorgan al deudor una nueva chance para que readeque la oferta (JNCom. N° 4 - "Impresora Internacional de Valores SAIC s/conc. prev." - 17/2/2002) u homologan y modifican de oficio la propuesta concordataria (JNCom. N° 9 - Secretaría N° 17 - "Curi Hermanos SA s/CP" - 3/4/2002).

11. Admitiendo que el derecho concursal no es una ínsula aislada, sino que interactúa con las otras ramas del derecho, el juez concursal no puede desarrollar un rol de mero ordenador, sino que subyace su función de custodio del ordenamiento jurídico general.

Y así ha sido receptado por la nueva normativa (ley 25589) en tanto introdujo en el artículo 52 el inciso 4), conforme el cual "en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley" (artículo 51, inciso 4], LC).

Con lo cual ha quedado consagrado legislativamente el criterio que, tras una interpretación sistemática e integradora de la legislación vigente y sobre la base de los principios fundantes del ordenamiento jurídico (equidad, moral, buenas costumbres) consagrados en los artículos 21, 502, 953, 1071 y concs. del CC, concluía en asignar al juez concursal no un mero papel de controlador de la legalidad formal o extrínseca sino imponiéndole asumir su rol de custodio del orden jurídico a través del control de legalidad sustancial o intrínseco.

12. Resultando la homologación la confirmación judicial de la legalidad del Acuerdo formulado por el deudor y aceptado por la mayoría de sus acreedores verificados y/o declarados admisibles, dentro de las facultades del juez, impuestas por el ordenamiento jurídico en general está, la que le asigna el deber de examinar que no se presenten dos hipótesis: que la propuesta sea abusiva o que la propuesta sea en fraude a la ley. Por lo que pasado el tamiz de los acreedores que son los primeros que deben evaluar la propuesta del deudor para aceptarla o rechazarla, y alcanzadas las mayorías legales, es el juez quien debe merituar que la misma no resulte contraria a derecho.

En orden al alcance de las facultades homologatorias del juez del concurso, se trata de establecer "una ecuación para resolver el límite de la razonabilidad de la propuesta" (Grispo, Jorge D.: "Las facultades homologatorias del juez del concurso" - nota a fallo JCom. N° 9 - Secretaría N° 17 - "Curi Hermanos SA s/conc. prev." - 3/8/2002 - Doctrina Societaria y Concursal - N° 176 - julio 2002 - pág. 376).

13. La voluntad de los acreedores en este proceso, ha resultado relevante en orden a las abultadas mayorías obtenidas tanto en cuanto al cómputo del capital como en cuanto al cómputo de personas. Voluntad de los acreedores que por otra parte se advierte libremente expresada, en tanto no obtenida mediante manipulaciones hechas por la concursada que afectarían el debido proceso que debe preceder a la sentencia de homologación.

Pero si nos quedáramos frente a esta visión, estaríamos negando al juez la facultad y el deber de velar por el respeto irrestricto de la ley y de los principios generales que regulan el ordenamiento jurídico todo. Es decir el control de legalidad sustancial o intrínseco. Se ha dicho "... la reforma de la ley 25589 obliga al juez a pronunciarse acerca de la existencia o inexistencia de fraude o abuso..." (Rubin, Miguel E.: "Las nuevas atribuciones del juez del concurso respecto del Acuerdo preventivo según la ley 25589. Un hito en la evolución del derecho concursal" - ED - 2002 - T. 198 - pág. 980).

En tanto la imposición del artículo 52, inciso 4), LC tiende a resguardar no sólo el interés de las mayorías, sino el de las minorías disidentes o que directamente no manifestaron su opinión o no se decidieron por prestar su conformidad a la propuesta formulada. Y más aún, podríamos concluir que excedería el marco de los intereses de los acreedores para posicionarse en el ámbito del interés general, y de la protección del ordenamiento jurídico en su conjunto, evitando la convalidación de una propuesta que vulnera principios elementales del derecho.

14. En "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina", dice la Dra. Kemelmajer: "En el estado actual de nuestra cultura no se conciben los derechos subjetivos (públicos o privados) de carácter incondicional, esto es: sin limitación o sin más acotación que la soberana voluntad de su titular. Por lo que los derechos merecen plena protección cuando su titular los ejercita en forma normal y racional, movido por intereses serios y legítimos y dentro de la finalidad para la cual el ordenamiento jurídico les reconoce categoría de derechos" ("Abuso del derecho" - RDPyC - T. 16 - Ed. Rubinzal Culzoni - págs. 209 y ss.). "El abuso del derecho constituye la instrumentación normativa de un principio general que inspira el sistema legislativo, afirma la preeminencia de la regla moral y tiene aplicación en todos los ámbitos del ordenamiento, en planos funcionales y éticos" (C5a. CC de Córdoba - 9/8/1987 - LL Córdoba - 1990 - pág. 122).

Si bien la figura del abuso del derecho se incorpora en nuestro Código en el título relativo a los hechos ilícitos, no significa que esta cuestión, metodológica al fin, importe que el ejercicio abusivo del derecho se identifique con los hechos ilícitos "... el abuso supone un comienzo legítimo, esto es, la persona ejercita un derecho del cual es titular, pero con desviación de los propósitos. En cambio, en la ilicitud genérica, la contrariedad con el derecho es inicial" (CNCiv. - Sala H - LL - 1997 - T. D - pág. 469, voto del Dr. Kiper). Lo que sanciona el artículo 1071, CC es el ejercicio irregular, antisocial o antifuncional de un derecho.

Se trataría de arribar a la conclusión de que, a través de la propuesta formulada, la concursada ha ejercitado irregularmente su derecho a ofrecer una propuesta concordataria, desviando los propósitos queridos por el legislador para derivar en un perjuicio para los acreedores de carácter confiscatorio y por tanto atentatorio de su derecho de propiedad.

15. La suscripta no efectuará consideraciones respecto a temas que ya han sido abordados en forma clara, precisa y profunda por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia en la sentencia dictada con fecha 24/6/2003.

Nos abocaremos a lo que es materia de este decisorio y dentro del marco señalado por el Superior Tribunal. Establecer si con la adecuación efectuada por la concursada, se subsana el abuso declarado y en la extensión reconocida por la Sala I.

16. Para ello debemos partir de lo que la Corte consideró abusivo para luego establecer si tal abuso a quedado o no subsanado con la adecuación efectuada por la concursada.

La Corte concluyó que el juez de primera instancia: a) modificó la propuesta de Acuerdo preventivo, en tanto trasladó a los acreedores verificantes tardíos, revisionistas y los que no votaron el Acuerdo de la propuesta general básica o residual a otra opción: la del Fideicomiso; b) pero que no eliminó el abuso. Dice el fallo de nuestro Superior Tribunal: "... en efecto, 'salvó' a los discriminados, pero disminuyó las posibilidades de cobro del resto de los acreedores... El juez no sólo está modificando la propuesta (facultad, como he dicho, excepcionalísima), sino que está avanzando sobre la voluntad de los acreedores que la votaron".

La Corte consideró que la modificación introducida por el juez del concurso sí salvaba a los discriminados pero, en todo caso, afectaba al resto de los acreedores incluidos en el Fideicomiso Metro, en tanto disminuía sus posibilidades de cobro.

Cabe observar que: 1) la Corte no consideró abusiva en sí misma la propuesta de constitución del Fideicomiso Metro; 2) ni consideró abusiva para los acreedores discriminados, su inclusión en el Fideicomiso Metro. En todo caso consideró que el abuso devenía para los acreedores que habían prestado su conformidad con la alternativa B del fideicomiso y a posteriori y como consecuencia de la decisión judicial que incluía en el fideicomiso a los acreedores discriminados, veían disminuidas sus posibilidades de cobro. Y en tanto se "avanzaba" sobre la voluntad de los acreedores que votaron esa propuesta: "... el acreedor que votó a favor de la constitución de un fideicomiso, al mismo tiempo prestó su voluntad a una propuesta que dice que de esa masa de bienes no se cobrarán ni los revisionistas, ni los disidentes, ni los verificados tardíos".

17. Con la incorporación de nuevos bienes al Fideicomiso Metro, en la extensión y con los valores acreditados, concluimos que en el caso se ha subsanado el abuso que señalaba la Suprema Corte de Justicia. Tanto la inclusión de nuevos bienes como la liberación del importante gravamen existente sobre uno de los inmuebles incluidos en el fideicomiso (en el caso el gravamen a favor del Lloyds Bank) permiten mantener incólume el interés de los acreedores que originariamente prestaron su conformidad por esta propuesta. Al ampliarse considerablemente el espectro de bienes incluidos en la propuesta del fideicomiso (\$ 7.725.000) y liberarse el gravamen existente sobre uno de los inmuebles (\$ 1.350.000 o \$ 1.006.575,24 considerando U\$S 1 = \$ 1, cfr. informa Sindicatura a fs. 8325 vta.), puede afirmarse sin hesitación, que las posibilidades de cobro de los acreedores incluidos en esa propuesta y que prestaron su conformidad en los porcentajes requeridos legalmente, no han sido menguadas.

Para arribar a tal conclusión nos apoyamos en las tasaciones acompañadas por la concursada, la opinión técnica sindical y el consejo del Comité de Acreedores.

18. (i) Al respecto diremos que: 1) los valores asignados por la tasación a los bienes inmuebles que ingresan al fideicomiso, son eso: "valores" y por tanto resultan ser estimativos y aproximados; 2) no se trata en esta instancia de establecer el precio de los mismos, que recién se conocerá cuando sean vendidos por el fiduciario; 3) las tasaciones resultan de gran utilidad para establecer la correspondencia "bienes-créditos" que pretendemos; 4) el valor asignado en las tasaciones acompañadas resulta ser congruente con los valores globales asignados por la concursada en oportunidad de formular la propuesta de Acuerdo preventivo; 5) la relación (bienes incorporados y liberados: \$ 8.731.575,24, cfr. informa Sindicatura a fs. 8325 vta.) considerando sólo

los acreedores que no votaron (\$ 12.947.000,16) resulta ser para estos acreedores del 67,44%; 6) la relación, sumando además de los que no votaron, los acreedores verificados tardíamente, los revisionistas y los juicios continuados conforme al artículo 21, LC con sentencias favorables (\$ 1.338.604,70 más \$ 12.947.000,16, cfr. informa Sindicatura a fs. 8327 vta. apartado VII “in fine”) resulta ser para todos estos acreedores del 61,12%.

(ii) La relación que surgía de los bienes originariamente incorporados al fideicomiso respecto a los acreedores que votaron favorablemente por esta alternativa ascendía al 69,15% (créditos por \$ 37.819.120,30 y bienes por \$ 26.151.709,71, considerando U\$S 1 = \$ 1, cfr. opinión técnica de Sindicatura a fs. 8325 vta.). La relación que surge de los bienes que ahora se incorporan al fideicomiso respecto a los acreedores que votaron favorablemente por esta alternativa y frente al ingreso de nuevos créditos y nuevos bienes asciende al 66,95% (créditos por \$ 52.104.725,25 y bienes por \$ 34.883.284,95, considerando U\$S 1 = \$ 1). Se aprecia que existe una razonable proporción entre los bienes que ingresan al fideicomiso y los créditos que se incorporan a esta alternativa. A juicio de la suscripta resulta suficiente que la proporción sea razonable, para que el abuso deba entenderse subsanado.

(iii) Puede afirmarse que no se ha “avanzado” sobre la voluntad de los acreedores incluidos en la alternativa B, no se ha disminuído la garantía de cobro de los que votaron esta propuesta y se mantienen razonablemente las condiciones que los llevaron a prestar su conformidad con esta propuesta.

(iv) Los otros, los verificantes tardíos, los revisionistas y los que no votaron el Acuerdo, si ya habían sido “salvados” -en la expresión utilizada por nuestro Superior Tribunal- con su incorporación en el fideicomiso, la adecuación efectuada por la concursada, los coloca aun en una mejor posición, respecto a la visión que tuvo en su oportunidad la Corte.

(v) Aparece como de indudable valor la opinión del Comité Definitivo de Acreedores. Se trata de un órgano de información y consejo, que si bien no es vinculante para el Tribunal, resulta indicativo de la opinión de los acreedores y de su posición de frente a la continuación del proceso concursal y a la cristalización del Acuerdo preventivo. No debemos olvidar que a través del Comité Definitivo se logra un verdadero protagonismo de los acreedores como pieza clave en el andamiaje concursal y para su conformación resulta exigible que cuenten con la conformidad mayoritaria de los acreedores (Rivera - Roitman - Vitolo: “Ley de Concursos y Quiebras” - T. III - pág. 338; Fassi - Gebhardt: “Concursos y Quiebras” - 6ª ed. - Ed. Astrea - Bs. As. - 1997 - pág. 504). En el caso los integrantes del Comité constituido por Mendoza 21 SA, Dealers Producciones SA y Finca Monte Balbano SRL no sólo no formulan observaciones, sino que además prestan expresa “conformidad con la mejora y adecuación de la propuesta presentada por la concursada” (cfr. fs. 8329, apartado II) y solicitan su aprobación (cfr. fs. 8329 vta., apartado III). La postura del Comité resulta representativa de la voluntad de los acreedores que aceptaron mayoritariamente su conformación, constituyendo una evidencia que el Tribunal no debe desoír.

(vi) Por lo que, si bien la suscripta también ha meritado la opinión vertida por los acreedores que han individualmente comparecido a fs. 8313/8314, en tanto sostienen que: “el mayor monto del pasivo incorporado no se condice con el monto de los aceptantes y los bienes que originariamente se incorporaban al fideicomiso...” (cfr. fs. 8313/8314) y “... los bienes ofrecidos por la concursada para incluirlos en el fideicomiso, autoevaluados en \$ 7.725.000 no pueden en manera alguna responder a la directiva judicial... es clara la desproporción si, como resulta de la propuesta B formulada ofrece cancelar la totalidad de los créditos quirografarios mediante el producido de la liquidación de determinados bienes inmuebles del activo de la

concurada... ha de tenerse presente los criterios de valuación de fs. 6603 donde se expone que los valores en dólares estadounidenses a razón de 2 x 1 disminuidos en un 50% y a ello la circunstancia evidente de que todos los bienes han sufrido a la fecha un deterioro material y en sus valores... no se tiene certeza... de los costos y gastos del fideicomiso... la incertidumbre acerca de los resultados de la cancelación de los créditos quirografarios incluidos en la propuesta B resulta irreal...” (cfr. fs. 8339/8340); por las extensas consideraciones ut supra efectuadas no se comparten. Tampoco se trata de evaluar entre las distintas alternativas posibles (fs. 8234/8235) cuál hubiera sido más conveniente. En tanto las alternativas eran justamente esto: posibilidades -chances- abiertas a la concursada. Y entre las distintas variables posibles, la concursada escogió la que respondía al ejemplo dado por la Suprema Corte y que evaluada en toda su dimensión en el “sub examine” permite concluir en la subsanación del abuso declarado por ese Tribunal.

19. Los acreedores “discriminados” se han colocado en una posición aun mejor que la que merituó la Corte al afirmar que habían sido “salvados”. Los acreedores que votaron la propuesta del fideicomiso y como fruto de la adecuación efectuada permanecen incólumes sus posibilidades originarias de cobro, subsanándose la disminución de su garantía derivada de la incorporación de nuevos acreedores no contemplados al momento de emitir su conformidad y con los cuales ahora deben compartir los resultados del fideicomiso, en tanto se ha ampliado -en la misma proporción- la masa de bienes fideicomitados.

20. Creo necesario recordar que para caracterizar el abuso se han seguido distintos criterios (objetivo o subjetivo) pero en general la jurisprudencia se inclina por establecer una serie de pautas: “Para determinar la configuración o no de abuso del derecho deben considerarse ciertas directivas, tales como la existencia de intención de dañar, la falta o no de interés en el ejercicio del derecho, si el acreedor ha escogido el camino más gravoso para el deudor, la actuación de un modo repugnante a la lealtad y la confianza recíproca, si el perjuicio ocasionado reviste carácter anormal o extraordinario” (CNCiv. - Sala B - DJ - 1993 - T. I - pág. 266 y LL - 1992 - T. E - pág. 277). La aplicación práctica de estas pautas también permiten concluir en la subsanación del abuso declarado.

Frente a la reformulación efectuada por la concursada cabe preguntarnos: ¿importa la propuesta efectuada una licuación del pasivo y por tanto resulta confiscatoria y violatoria del derecho de propiedad de los acreedores? ¿Resulta repugnante a un elemental sentido de justicia? ¿Resulta violatoria de la moral o las buenas costumbres? ¿Ha elegido la deudora en la adecuación formulada la alternativa que resulta más gravosa para los acreedores? La respuesta resulta negativa.

21. Por último diremos que no puede efectuarse un análisis de la propuesta de Acuerdo preventivo y de la reformulación efectuada, en forma aislada y totalmente descontextualizada del marco general que imponen las actuales circunstancias socioeconómicas que atraviesa nuestro país. “La teoría del abuso del derecho halla su justificación en una reacción contra el individualismo o absolutismo jurídico, haciéndose de ella un instrumento de flexibilidad del derecho, y de su adaptabilidad a las realidades sociales y económicas” (CC Mercedes - Sala II - 1/6/1979 - LL - 1979 - T. C - pág. 359 y ED - T. 84 - pág. 715).

Por lo que si bien al analizar el abuso partimos de principios que resultan generales, debemos derivar necesariamente en el estudio de situaciones particulares, sin las cuales no podríamos concluir que la adecuación efectuada subsana o no el abuso declarado por la Corte.

En las conclusiones de la reunión académica del 24/4/2003 de la Universidad Notarial Argentina -Instituto de Derecho Comercial redactadas por su director Dr. Eduardo M.

Favier Dubois (h), se destacan las pautas que pueden tenerse en cuenta para determinar la existencia de “abuso”: “a) si la voluntad de los acreedores es relevante comparando la totalidad de los acreedores (denunciados, insinuados, en revisión, en verificación tardía) y la proporción que votó el Acuerdo; b) si la voluntad de los acreedores fue libre o fue obtenida mediante manipulaciones hechas por el deudor; c) la comparación de lo ofrecido en la propuesta con un eventual dividendo de quiebra; d) la existencia de empresa socialmente útil y generadora de empleo; y sin que ninguna resulte en sí misma configurativa o excluyente” (Conclusiones en mayoría del Instituto de Derecho Comercial - Universidad Notarial Argentina - reunión académica del 24/4/2003 realizada en la sede de Guido 1841, Capital Federal).

Pautas que han sido merituadas por la suscripta sin olvidar que tratándose la “propuesta abusiva” de un estándar legal, debe ser completado en cada caso por el intérprete.

La propuesta de Acuerdo preventivo formulada por la concursada se incardina en un contexto general. Si el propio Estado Argentino ofrece a sus acreedores externos pagos que incluyen quitas de hasta el 75%, parece razonable que los deudores particulares, castigados por los avatares de políticas económicas impuestas, efectúen propuestas de pago que resulten acordes con sus posibilidades de cumplimiento y que en su implementación no derive abuso o inmoralidad. La reformulación de la propuesta de Acuerdo preventivo en los términos en los que ha sido efectuada, y dentro de un contexto particular y general, no resulta abusiva y por tanto debe ser homologada. La razonabilidad también pasa por evaluar las propuestas de Acuerdo preventivo dentro del marco general en el que están insertas. Los jueces no podemos alejarnos de la realidad que nos toca juzgar. Si nos preguntamos ¿qué concursado ofrece pagar más del 30 o 40%; quién no ofrece una espera; en cuántos casos el diferimiento en el pago incluye plazos que van entre los siete, diez o quince años; cuántas propuestas concordatarias incluyen el pago de intereses? Nuestra experiencia práctica nos enseña que de considerar abusivas propuestas que no hacen más que responder a una realidad -realidad concursal, sí, pero realidad al fin- sin violentar en el caso concreto principios de raigambre constitucional, ninguna propuesta concordataria merecería aprobación judicial, en tanto todas sucumbirían bajo la que entonces sí aparecería como una verdadera guillotina judicial. Los principios generales del derecho, no resultan ser principios pétreos y rígidos. Aunque estables en su formulación, deben flexibilizarse en su aplicación práctica, para evitar incurrir en un abuso mayor que el que se pretende corregir.

En este sentido se ha dicho: “Pero, sin lugar a dudas -se refiere a la teoría del abuso del derecho- será usada con criterio restrictivo por los juzgadores, siendo necesario que medie una injusticia notoria” (C1a. Paz Letrada de Córdoba - 7/8/1979; Salas -Trigo Represas - López Meza: “Código Civil anotado” - Ed. Depalma - T. 4-A - pág. 488) “una consecuencia no prevista por la ley y repugnante al sentimiento moral del juez, para que éste pueda negar su apoyo a la propuesta concordataria” (Boquin, Gabriela: “Las facultades homologatorias del juez: ¿El fin del 'vale todo' en las propuestas concursales?” - Revista de las Sociedades y Concursos - Ed. Ad-hoc - Bs. As. - N° 12 - setiembre/octubre 2001 - págs. 89 y ss.).

En el convencimiento de que la reformulación efectuada por la concursada ha solucionado el abuso declarado y en la extensión reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, se procederá a la homologación del Acuerdo preventivo alcanzado por la deudora con la mayoría -legalmente exigida- de sus acreedores, con la modificación introducida en el decisorio de fs. 6624/6630 en cuanto eliminó la residualidad de la opción general en la propuesta de acreedores quirografarios respecto de los acreedores que no votaron el Acuerdo, los revisionistas y los verificantes tardíos y los derivó a la alternativa más votada por los aceptantes del menú para los acreedores

quirografarios -acreedores que pasaron de la categoría residual a la categoría B: Fideicomiso Metro- y con la reformulación efectuada por la concursada a fs. 8283/8287.

22. Atento a que la Suprema Corte de Justicia en la sentencia de fs. 8063/8085 dejó en suspenso los dispositivos 4), 5), 10) y 11) de la resolución de fs. 6624/6630 atento a la homologación que aquí se resuelve, los mismos cobran plena operatividad.

Por todo lo cual,

RESUELVO:

1) Homologar el Acuerdo propuesto por la concursada Pedro López e Hijos SACIA, con la modificación introducida en el decisorio de fs. 6624/6630 en cuanto eliminó la residualidad de la opción general en la propuesta de acreedores quirografarios respecto de los acreedores que no votaron el Acuerdo, los revisionistas y los verificantes tardíos y los incluyó en la propuesta del menú quirografario que recibió mayores adhesiones que resultó ser la alternativa B del Fideicomiso Metro y con la reformulación efectuada por la concursada a fs. 8283/8287.

Cópiese. Regístrese. Notifíquese por lista (artículo 26, LC).

Dinar líneas aéreas S.A.

Resumen: Concurso Preventivo de una Aerolínea - Medida Cautelar – Fondos provenientes del BSP. Una compañía aérea solicitó su concurso preventivo y, antes de que se decretara la apertura, pidió como medida cautelar se ordenara a un banco que se abstuviera de retener los fondos provenientes de su recaudación por la venta de pasajes mediante tarjetas de crédito y en agencias de viaje, a efectivizarse mediante el clearing BSP.

Dicha recaudación integraba un fideicomiso en garantía por el pago de un préstamo otorgado por el banco. La concursada sostuvo que el banco dispuso sorpresivamente la retención de todos los fondos. El juzgado otorgó la medida por 30 días. (Juzgado de 1a Instancia de Quiebras, Concursos y Sociedades de 2a Nominación de Salta, 9/8/02)

Juzgado de 1a Instancia de Quiebras, Concursos y Sociedades de 2a Nominación de Salta

“Dinar Líneas Aéreas S.A. s/concurso preventivo”

1ª Instancia. - Salta, agosto 9 de 2002.

Considerando:

1. Que pasan estos autos a fin de proveer la medida cautelar de no innovar solicitada a fs. 233 por los doctores U. y P. en representación de la peticionante de concurso preventivo, a efectos de que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de retener los fondos provenientes de la recaudación de su mandante. En su relato de los hechos, expresan que Dinar Líneas Aéreas S.A. y el citado Banco convinieron para garantizar un préstamo de U\$S5.000.000 acordado a la primera por la institución bancaria, una hipoteca sobre dos aeronaves de propiedad de Dinar y un contrato de fideicomiso sobre dos inmuebles de ICBA S.A. como asimismo sobre los créditos de Dinar

provenientes de la venta de pasajes mediante tarjetas de crédito y en agencias de viaje, a efectivizarse a través del clearing BSP Argentina; quedando autorizado el banco, en caso de mora, a retener dichos fondos para aplicarlos al pago de la deuda. Siguen diciendo que en enero de 2002 la obligación quedó convertida a pesos y que el dos de agosto pasado el banco dispuso sorpresivamente la retención de la totalidad de los fondos, actitud que se debería al haber tenido por vencida la obligación a raíz del conocimiento obtenido acerca de la presentación en concurso de la deudora, conforme lo pactado en el contrato de Fideicomiso. Adjunta copia simple del contrato de fideicomiso de garantía y de Escritura N° 103 que instrumenta el contrato de cesión de derechos de cobro.

Como peligro en la demora, describe el colapso que enfrenta la empresa frente al bloqueo de su recaudación ordinaria, principal fuente de recursos para poder seguir funcionando.

Invoca el principio de la “pars conditio creditorum” y la improcedencia de las vías directas y ejecución de garantías frente a lo establecido por el art. 32 de la LCQ.

2. Puestos estos autos a fin de evaluar la procedencia de la pretensión interpuesta, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

Sabido es que el objeto básico del procedimiento cautelar radica en asegurar los elementos con que el proceso debe operar para obtener una sentencia que tenga efectiva aplicación práctica al servicio del proceso principal, servicio que se resuelve en el aseguramiento de las cosas, los bienes y las personas que el concurso requiere para realizar sus fines primordiales. Por otro lado, no siempre las medidas cautelares tienen por objeto el patrimonio en crisis, cuando la actividad procesal se dirige hacia la integración del activo concursal, las providencias cautelares pueden recaer sobre intereses de los acreedores (art. 24) y de terceros, orientándose a mantener en el patrimonio fallido o a incorporar al mismo bienes que sirven a la realización de los fines del proceso concursal “Rev. de Derecho Procesal-Medidas cautelares”, p. 211/212.

Si bien en autos no se ha declarado la apertura del concurso, parte de la doctrina y jurisprudencia sostienen la necesidad de que algunos efectos como “a partir de la presentación de la solicitud, para evitar que algunos 'medio tempore' obren con celeridad inusitada para lograr ventajas”. La interpretación literal de las previsiones contenidas en el capítulo II de la ley 24.522 llevaría -de admitirse la procedencia de los efectos allí previstos sólo a partir de la apertura del concurso- a contrariar la seguridad jurídica y social, el crédito y el comercio en general; tornándose necesario tomar medidas que aseguren no sólo el patrimonio comprometido por la insolvencia de su titular, sino también los principios precedentemente enunciados. Y esto es así pues todo redundará en salvaguarda de uno de los pilares de esta materia: la integridad patrimonial del deudor como garantía común de los acreedores.

En el caso, lo solicitado por el deudor consiste en la expedición de una orden judicial tendiente a evitar la retención por parte del Banco de la Nación Argentina -acreedor y fiduciario- de la totalidad de la recaudación depositada originada proveniente en BSP Argentina o de Tarjetas de Crédito, situación prevista en el contrato de cesión de derechos de cobro que se adjunta, para el caso de mora del deudor.

Si bien los instrumentos correspondientes al negocio jurídico invocado son acompañados en copias simples, a fs. 364 obra el anexo correspondiente a deudas bancarias, con certificación de contador público nacional, entre las cuales se identifican la deuda con el Banco Nación, su monto y la garantía que la respalda. Por lo que debe considerarse suficiente tal documentación, al solo efecto de la cautelar.

Como en la generalidad de las medidas cautelares, la verosimilitud exigida no compete a una comprobación acabada o plena de la existencia del derecho que se pretende asegurar, sino que tan sólo demanda mera apariencia (Martínez Boto, O., “Medidas cautelares”, p. 322).

Por otro lado, el peligro en la demora se manifiesta en el caso de autos por la incidencia que la recaudación seguramente tiene en el desarrollo de la actividad de la deudora, conocido como es el precario estado en que se encuentra la prestación del servicio aeronáutico en el país, tal como se toma noticia permanentemente por los medios de comunicación, originado en diversas razones y, a no dudarlo, agravado por la depreciación de la moneda nacional y su incidencia en los costos de los prestadores.

En cuanto al tercer requisito de toda medida cautelar, teniendo en cuenta el carácter provisional de la misma, se acepta la personal prestada por Dinar S.A. Cambio, Bolsa y Turismo, a través de su vicepresidente, Julio Ruiz de los Llanos, con facultades suficientes conforme lo certifica la escribana actuante en la autenticación de su firma.

En cuanto a la duración de la medida que hoy se resuelve, atento la proximidad del dictado de la declaración de apertura o rechazo del concurso preventivo solicitado, se decide disponer la misma por el término de 30 días.

Por todo lo expuesto, resuelvo: I. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el término de treinta días, y en su mérito ordenar al Banco de la Nación Argentina de que debe abstenerse de retener los fondos provenientes de BSP Argentina o de Tarjetas de Crédito, originados conforme contrato de cesión de derechos de cobro formalizado entre esa institución y Dinar Líneas Aéreas S.A., instrumentado en Escritura Pública N° 103 pasada ante el Escribano C. D. N. A tal fin, librese ofi-cio. II. Tener por aceptada, a los fines de la medida dictada, la caución prestada por Dinar S.A. Cambio, Bolsa y Turismo (art. 199, Cód. Procesal de la Provincia). - Mirta del Carmen Avellaneda.

Kayders SA.

Buenos Aires, mayo 8 de 2006.

Y VISTOS:

1. La concursada apeló contra la resolución copiada en fs. 14/18 que rechazó la medida cautelar de no innovar solicitada respecto de la venta de un campo de su propiedad objeto de un fideicomiso en garantía.-

El memorial de agravios obra copiado en fs. 21/5.-

El síndico expuso que no () contaba con elementos suficientes para expedirse (fs. 27)).-

2. a) Conforme surge del relato de la recurrente en la presentación en concurso, confirmado por la sindicatura en fs. 27 y los estados contables agregados al expediente principal, el activo más importante de la sociedad concursada era un campo

denominado “La Verdosa” ubicado en la localidad de Saladillo, Provincia de Buenos Aires.-

Si bien el objeto social sería amplio, la actividad económica principal desarrollada por la empresa es la explotación agropecuaria de ese establecimiento que consta de 2887 hectáreas.-

En virtud de un mutuo tomado por un anterior presidente del directorio, ese bien inmueble fue transferido en el marco de un fideicomiso en garantía, operatoria que habría sido efectuada sin la aprobación de la Asamblea de Accionistas, pese a tratarse, según los dichos de la apelante, de actos extraordinarios de administración.-

Además, los fondos tomados en virtud del mutuo nunca habrían ingresado al patrimonio social pues constituyeron, a su vez, un préstamo efectuado por la concursada a la Cooperativa de Crédito Santa Elena Ltda.-

Lo cierto es que, según denuncia la concursada, la deuda con el mutuante-beneficiario (Caja de Seguridad Social para Servicios y Transacciones S.A. (BST)), se encuentra impaga, por lo que el fiduciario se encuentra abocado a la venta del inmueble, habiendo iniciado la homologación judicial de un convenio de desocupación.-

Así, considerando la obligación del acreedor beneficiario del fideicomiso de insinuarse en el pasivo concursal antes de ejecutar la garantía, y ante la necesidad de preservar la continuación de la empresa, solicitó como medida cautelar, una orden de no innovar que tenga por efecto impedir que el fiduciario venda el establecimiento rural de la sociedad (bien fideicomitado) hasta tanto el crédito del beneficiario se encuentre verificado en el presente concurso preventivo.-

b) La jueza de grado desestimó la pretensión.-

Para así decidir, consideró que las operaciones descriptas no eran en principio- ajenas al objeto social de la concursada, por lo que la dilucidación de las circunstancias de hecho como las que se invocaron resultan de naturaleza altamente controvertida y requerirán de un debida sustanciación, impropia de este marco procesal.-

c) La situación no ha sido concretamente enmarcada por la concursada en norma alguna de la ley 24.522, sino que su pretensión constituye una medida cautelar genérica que puede ser solicitada ante el sometimiento de la deudora al régimen concursal.-

La regularidad de la constitución del fideicomiso (que se reputó nula por haberse decidido sin autorización de la Asamblea de Accionistas), no es materia de dilucidación en esta instancia, pues tal cuestión deberá ser en su caso sustanciada y decidida en el marco de una acción autónoma o al evaluarse la existencia y legitimidad del crédito del mutuante-beneficiario.-

No corresponde, como pretende la concursada, que el Tribunal resuelva en forma anticipada y sin sujeción a una controversia concreta, si es menester que el presunto acreedor se insinúe en el pasivo concursal antes de que el fiduciario ejecute la garantía.-

Lo pretendido, pues, sólo puede evaluarse desde la óptica de las medidas cautelares genéricas a adoptarse con el objetivo de preservar la continuación de la empresa.-

En este sentido, se ha dicho que el juez del concurso tiene facultades para dictar medidas cautelares no tipificadas por la ley, pero ellas no pueden ser ejercidas en forma indiscriminada sino valorando, en cada situación, los derechos de los terceros, el ordenamiento jurídico general, la defensa de la integridad del patrimonio del deudor y la buena marcha del trámite concursal hacia su finalidad específica (Favier Dubois (h),

“Las medidas cautelares concursales”, RDCO, año 24, 1991-A-131, citado por Fernández, Matías, ob. cit. p. 408).-

Ahora bien, en tanto la figura misma del fideicomiso tiene por objeto sustraer al acreedor de los avatares que pueda sufrir la economía del deudor, constituyendo un patrimonio de afectación de rápida liquidación y ajeno a la acción de los acreedores del fiduciante y del fiduciario (ley 24.441:15), la adopción de este tipo de medidas, aun en el marco de un concurso preventivo, debe ser adoptada con criterio sumamente restrictivo (Vázquez, Gabriela, “El fideicomiso en garantía: certezas y vacilaciones”, Revista de La Ley, 15/2/2006).-

En el sub-lite, la concursada sostuvo que su actividad principal y casi exclusiva es la explotación ganadera y agrícola del campo que constituye el inmueble fideicomitado. El sindico no se expidió en cuanto a la pretensión recursiva, pero afirmó que ese bien “...configura (el) mayor patrimonio” de la empresa concursada, la pérdida de dicho bien implicaría inexorablemente la quiebra de la sociedad” (fs. 27 en copia).-

Esa circunstancia, sumada a que la deudora final del préstamo sería una tercera empresa, a cuyo patrimonio en definitiva ingresaron los fondos objeto del mutuo garantizado, otorgan elementos de convicción en el sentido de que es menester adoptar una medida de resguardo para posibilitar la solución preventiva y la continuación de la empresa, aunque no con la extensión pretendida por la concursada.-

La suspensión de la ejecución de la garantía tendrá lugar únicamente por noventa días, dentro de los cuales, en su caso, la concursada deberá promover las acciones autónomas que estime corresponder respecto de la regularidad del fideicomiso.-

Ello así, compatibilizando los intereses de la empresa y los sociales involucrados en toda decisión que tienda a preservar fuentes de producción y de trabajo, con los de los acreedores del fideicomiso y los concursales. En este último caso, la suspensión por un plazo de noventa días no parece excesiva ni perjudicial para el beneficiario, frente a la posibilidad de que una quiebra posterior impida a los demás acreedores (e incluso al beneficiario del fideicomiso si existiera un saldo no cubierto con la venta del campo) contar con patrimonio suficiente para obtener la satisfacción de sus créditos. La posibilidad de que la empresa continúe la explotación del campo 'puede generar los ingresos necesarios para evitar pasivos pos concursales, para ir saldando la deuda garantizada, así como para impedir los pasivos que se generarían por la disolución de los contratos de trabajo.-

Por lo demás, también existe la posibilidad de que Ínterin, la deudora de la concursada efectúe la cancelación parcial o total del crédito, de modo de recuperar aunque sea en parte el activo de la sociedad que ha quedado al margen de los demás acreedores.-

Con esos alcances, entonces, será admitida la pretensión recursiva.-

3. Por lo expuesto, se resuelve: a) admitir parcialmente los agravios y revocar el pronunciamiento apelado;; b) ordenar la medida de no innovar solicitada por la concursada, la que tendrá una limitación temporal de noventa días;; c) sin costas por no mediar contradictorio.-

Devuélvase sin más trámite, encomendándose al juez de la primera instancia proveer las diligencias ulteriores (CPr.: 36, 1) y las notificaciones pertinentes.//-

Fdo.: RODOLFO A. RAMIREZ - MARTIN ARECHA - ANGEL O. SALA

Declaración Jurada Resolución 212/99 – CD

“La autora de este trabajo declaran que fue elaborado sin utilizar ningún otro material que no haya dado a conocer en las referencias, que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgrede o afecta derechos de terceros”.

Mendoza, agosto de 2014



Liliana Elizabeth Giunta Fornasin

Reg. n° 24.341