

El fideicomiso y las acciones revocatorias concursales

POR ADALBERTO LUIS Busetto (*)

Sumario: I. Fideicomiso y acciones reintegrativas. II. Breve exordio sobre la ineficacia concursal. III. La Ineficacia en el Concurso Preventivo o en la Quiebra. IV. La unicidad concursal. V. La raigambre histórica. VI. La legislación española. VII. La Jurisprudencia y doctrina italianas. VIII. Derecho y doctrina vernáculos. IX. Bibliografía.

Resumen:

El Fideicomiso cuya tipicidad legal se establece con la vigencia de la Ley 24.441 llamada Financiamiento de la vivienda y la construcción, no presenta una regulación acabada.

Esta figura que exhibe gran complejidad y yuxtaposición de relaciones, amerita un estatuto que despeje dudas, marcando orientaciones que impidan su uso en fraude de la ley y contribuya a paliar la ilimitada inseguridad jurídica que exhiben nuestras instituciones.

Palabras clave: Fideicomiso - Derecho comparado - Concursos y quiebras - Acciones revocatorias - Acciones reintegrativas

The trust and the revocatory actions

Abstract:

The Custodial whose legal criminality is established with the enactment of Law 24.441 call Financing housing and construction, no regulation finished This figure exhibits complex and overlapping relationships, deserves status to clear doubts, setting guidelines to prevent their use in fraud of the law and help to alleviate the legal uncertainty that exhibit unlimited our institutions.

Keywords: Trust. - Comparative Law - Bankruptcy - Revocatory actions - Reintegrative actions

I. Fideicomiso y acciones reintegrativas

En presencia del principio de universalidad (art. 1 Ley 24.522) y demás principios que orientan nuestro Sistema Concursal —colectividad e igualdad— debemos destacar que frente al Fideicomiso normado por la Ley 24.441 aparecen temas de trascendente importancia.

Hemos de ceñirnos al “estado concursal” de los patrimonios, no sin anticipar que en el derecho común para las situaciones de fraude existen acciones (simulación y pauliana) que permiten reparar los perjuicios del fraude, respecto del cual —como en cualquier figura jurídica aunque la Ley no lo diga expresamente— no se encuentra inmune el fideicomiso.

II. Breve exordio sobre la ineficacia concursal

El amplio campo de la ineficacia, cuyos efectos se retrotraen al pasado y proyectan al futuro, apartará con sus acciones reintegrativas los medios útiles para la recomposición patrimonial. La ineficacia es la reacción de la Ley contra los actos validos generados por el concursado que atenten contra los principios orientadores del sistema concursal.

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Comercial, Cátedra I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Profesor Titular de Derecho Comercial; UNNOBA.

Es que ante la situación de insolvencia o su proximidad la Ley aumenta el derecho de “control” de los acreedores insatisfechos sobre la “gestión” del patrimonio del deudor; (Mosset Iturraspe, 1974) aislando determinados actos a los que somete a una normativa que suspende o quita algunos de sus efectos.

La finalidad consiste en evitar que los actos del deudor reduzcan el patrimonio como garantía común de los acreedores, disminuyendo indebidamente el poder de agresión conferido por los arts. 505 y cc. del Código Civil o afecten la igualdad creditoria conocida como “par conditio creditorum” que entre tantas normas receptan los arts. 3.920 y 3.922 del Código Civil.

Los negocios en fraude de los acreedores tienen relación con la composición patrimonial, esa capacidad de responder que emana de los bienes que lo integran, presentes o futuros, los poderes jurídicos, derechos y simples facultades, las expectativas, los derechos actuales y eventuales, comprendiendo también los elementos pasivos del patrimonio (Soler y Carrica, 2000: 1195)

La Ley repara el perjuicio que hubieren causado estos actos, producto de la “gestión” indebida del deudor durante el periodo anterior a la falencia (periodo de sospecha), sometiéndolos al sistema de ineficacia.

Este sistema de ineficacia que nuestra Ley de Concursos y Quiebras 24.522 establece fundamentalmente en el Título III, Capítulo I, Sección 3º, a diferencia de otras legislaciones, Alcover Garau, 2004: 331) se basa en la llamada *inoponibilidad* en virtud de la cual los actos no serán inválidos ni nulos, sino que estarán privados de sus efectos naturales con relación a la masa de acreedores concursales. Entendiendo por masa de acreedores a la situación de un conjunto de acreedores del insolvente que hubieren logrado el reconocimiento oportuno o tardío de la legitimidad de sus créditos en cualquiera de los dos procesos que se regulan: el concurso preventivo o la quiebra liquidativa.

La privación de efectos de dichos actos, tendrá dos limitaciones: una subjetiva, que refiere a las personas respecto a la cual se produce la inoponibilidad, debiendo señalarse que entre partes el acto produce todos sus efectos; y otra objetiva, referida al objeto de la limitación que estará vinculada a la medida del perjuicio causado, no debiendo exceder el mismo (Tonón, 1984: 826 y Cámara, 1978: 187)

En esta breve reseña aproximativa al tema, podemos señalar que la inoponibilidad puede ser declarada bien en situación de Concurso Preventivo respecto de actos posteriores a la presentación que realice el concursado violando prohibiciones expresas o absteniéndose de requerir autorizaciones exigidas (arts. 16 y 17 LCQ) —aunque alguna jurisprudencia que he criticado en un trabajo (Busetto, 2003) exija la apertura del procedimiento—, bien en caso de Quiebra por actos realizados durante el periodo de sospecha (arts. 118, 119 LCQ) antes de la declaración de falencia o bien posteriores como los previstos en los art. 88 inc. 5º y 109 LCQ (Heredia, 2001:1944).

Por último como anticipáramos no olvidaremos que las inoponibilidades no son receptadas solamente en sede concursal, la acción pauliana propia del derecho común arts. 961 a 972 C. Civil tanto como la acción de simulación (arts. 955 y ss. Código Civil), también se sirven de la ineficacia para la protección del acreedor, y ambas pueden continuarse o promoverse en sede concursal, por la Sindicatura o los acreedores individualmente, aunque con las particularidades que las diferencian de las acciones retroactivas concursales.

III. La Ineficacia en el Concurso Preventivo o en la Quiebra

Tema liminar a esta tesis y poco abordado en los textos de la especialidad, es establecer cual es el estadio procesal para plantear la ineficacia: el Concurso Preventivo o la Quiebra

La doctrina nacional distingue dos procesos concursales contenidos en nuestra Ley de Concursos y Quiebras: el Concurso Preventivo y la Quiebra.

Los clasifica por las diferentes finalidades de ambos procesos, el primero orientado a superar la crisis mediante un convenio de reorganización de actividades y reestructuración del pasivo, y el segun-

do destinado directamente a la liquidación del patrimonio y distribución igualitaria entre acreedores legítimos.

En virtud de ello veda la discusión sobre la ineficacia en el Concurso Preventivo en razón que su télesis reversiva o superadora del estado de cesación de pagos, por cuanto el acuerdo con los acreedores, importaría la ausencia de perjuicio, elemento necesario a las acciones reintegratorias tanto concursales como ordinarias.

Se sella así la posibilidad de promover las acciones revocatorias concursales en esta etapa, con lo cual ni el Concurso Preventivo del fiduciante, ni el del fiduciario, ni el del beneficiario o el del fideicomisario permiten declaraciones de ineficacia ni reintegraciones patrimoniales en relación a los bienes fideicomitidos (Alterini y Corna, 2000: 139)

Esta tesis intentará demostrar que no es tan simple la cuestión ante los principios concursales. No es justa la premisa enarbolada por reiterada doctrina, ni tan sólidos los argumentos que llevan a la solución propuesta y que de lege ferenda debe corregirse el sentido seguido hasta el presente.

IV. La unicidad concursal

En primer lugar entendemos que el estado concursal es único y el conjunto de normas especiales que componen la legislación concursal son aplicables a partir del presupuesto objetivo (cesación de pagos) declarada judicialmente por el auto de apertura.

Este “estado concursal” que califica al patrimonio, lo “cubre” de especiales normas, bien que sustantivas, bien que adjetivas, que siempre deberán ser atendidas en función de los principios orientadores, (concuralidad o colectividad, universalidad, igualdad creditoria, etc.) sin que existan compartimentos estancos, que imposibiliten su aplicación.

Las normas sobre ineficacia y sus acciones reintegrativas, constituyen esas reglas que a lo largo de los siglos fueron elaboradas (antigua o moderna *Lex mercatoria* diría Francesco Galgano) para reparar la vulneración de los principios de concuralidad, de universalidad patrimonial, de igualdad creditoria.

Reservar para sólo una etapa del iter concursal la aplicación de estos remedios es sencillamente cerrar los ojos ante la realidad y abrir puertas al fraude. Máxime si nos detenemos a pensar en la eliminación absoluta de la calificación de conducta del concursado, siguiendo aires angloamericanos, que si bien no la prevén en su sistema, contienen sanciones penales en su normativa.

V. La raigambre histórica

Raíces históricas en nuestro derecho positivo aparejan esta errónea tendencia que lleva a preservar esta especie de etapa preliminar (para algunos la del Concurso Preventivo) de las saneatorias acciones reintegrativas.

Heredero de la legislación continental europea, llamado *civil law* para diferenciarlo del *common law*, el derecho mercantil argentino adosa, anteponiendo, el Concurso Preventivo a la Quiebra en 1906 (Ley 4.156). Lo hace para suavizar el rigorismo falencial respecto del comerciante regular, prolijo, honesto, prudente pero en desgracia. Desgracia fortuita, ajena, no buscada, no atraída por la asunción de riesgos innecesarios (1).

(1) No hemos de detenernos en esto, pero por ello se calificaba la conducta del concursado para tener certeza de encontrarnos ante el comerciante “onesta ma sventurato” de los italianos para su Ley del 24 de marzo de 1903. En este sentido señala Juana Pulgar Ezquerro (1994) en “La Reforma del Derecho Concursal Comparado y Español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos) que en Francia el convenio preventivo judicial no se regulará hasta la Ley del 24 de marzo de 1889 que introduce el instituto no como un procedimiento autónomo, sino como una de las posibles soluciones a un procedimiento denominado “liquidation judiciaire”, reservado para deudores calificables como “buenos pero desafortunados”.

La falencia mercantil era rigurosa porque se aplicaba al profesional comerciante cuya actividad requería (y por supuesto también hoy requiere) del crédito, un valor de justicia (2) por el que el Estado debe velar. El civil ante el concurso de acreedores, gozaba de un trato más suave.

Por ello importamos el Concurso Preventivo de los belgas (Ley del 29 de junio de 1887) para no irnos del *civil law*, aunque sabido es que la solución preventiva provenía del concepto anglosajón de la falencia. Lo adquirimos, adosándolo a la estructura de nuestras Leyes falenciales, como si fuera otro proceso distinto, sin darnos cuenta que es sólo una solución alternativa al mismo estado del patrimonio insolvente (3).

Otro proceso distinto o autónomo este Concurso Preventivo, que seguimos repitiendo en las subsiguientes Leyes concursales para no desprendernos de lo que llevara a nuestros ilustres maestros a escribir ríos de tinta, para diferenciar lo que en esencia es idéntico: el tratamiento de la insolvencia.

Tan ello es así, que para agregar algo más de confusión al profano, repetimos y duplicamos a-metodológicamente en la Ley 24.522 normas para el Concurso Preventivo y la Quiebra como las de la verificación de crédito (arts. 32, 33, 34 y 200), sin advertir que estamos en el mismo camino.

VI. La legislación española

Una muestra de lo que se debe hacer, a nosotros los argentinos que somos hacedores inveterados de Leyes concursales (4) la encontraremos en la legislación española-Ley Concursal n° 22 del 9 de julio de 2003 (BOE 164), demorada pero meditada reforma de un sistema superado por la modernidad (Busetto, 2004), que concibe al proceso concursal como un único camino, bien que con lógicas bifurcaciones que permiten arribar sin contradicciones a las flexibles soluciones concursales.

El capítulo IV “De los efectos de los actos perjudiciales para la masa activa” que es parte del título III “De los efectos de la declaración de concurso” conforma la llamada “fase común” del concurso y es tan aplicable a la fase de convenio —similar a nuestro concurso preventivo— como a la fase liquidativa que es la quiebra. En ese capítulo la Ley española trata las acciones de reintegración compuestas por acciones rescisorias de pleno derecho que prescinden del fraude o dependientes del perjuicio que deberá acreditarse. Ambas acciones alcanzarán a los actos realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración.

Ello así, Alcover Garau desde su cátedra en las Islas Baleares (Alcover Garau, 2003:325) critica la inclusión del sistema de ineficacias en el Título III de la Ley Española, prefiriendo su inserción en el Título IV en “De la determinación de la masa activa” o “Del informe de la administración concursal y de la determinación de la masa activa y pasiva del concurso”, pero de todos modos, sea cual fuere su inserción metodológica queda claro que el sistema de ineficacias rige en la nueva Ley concursal española desde la declaración del concurso ya que los arts. 21. 3 y 183. 3° rezan:

21.3 “Declarado el concurso se ordenará la formación de las Secciones segunda tercera y cuarta. Cada una de estas secciones se encabezará por el auto o, en su caso, por la sentencia que hubiere ordenado su formación”.

183.3° “La Sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes que integran la masa activa, al pago de los acreedores y de las deudas de la masa”.

(2) Me refiero a la confianza, contenida en el crédito, que es justa. Por oposición es injusto el incumplimiento, la mora, la violación de la palabra empeñada.

(3) En términos galenos mismo enfermo, misma histórica clínica, misma fiebre, a quien sólo internamos en sala de terapia diferente.

(4) Leyes concursales cada diez años, en el mejor de los casos, cuando no opuestas y contradictorias como las generadas por el Congreso de la emergencia (año 2001/2002). Buen negocio para muchos políticos, empresarios, sindicalistas y alguna que otra “law firm vernácula”.

VII. La Jurisprudencia y doctrina italianas

Un sistema concursal que ha sido tradicionalmente espejo remoto de tantas Leyes de nuestro siempre renovada normativa, y aún hoy funda los eruditos fallos de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, no sólo consagra sin ambages la unidad del Concurso, sino que admite la revocatoria en la etapa verficatoria, como causal de rechazo o admisión con reserva del crédito que se pretende insinuar. Y es más, permite al Juez aplicar su normativa para excluir la verificación aún sin promoción de la acción revocatoria a la espera de la mis ma.

Así leíamos en la obra de Salvatore Satta:

“La giurisprudenza dominante, inoltre, ritiene che in sede di verifica il giudice delegato possa escludere un credito o una garanzia perché revocabile, senza necessità che il curatore proponga formalmente la azione revocatoria; né tale necessità sussiste nel giudizio di opposizione proposto dal creditore escluso, essendo la revocatoria implicita nella contestazione del curatore: Cass. 15-5-1972, n. 1450, in dir. fall., II, 740; Cass. 10-4-1968, n. 1084, in Giur. It., 1969, I, 1, 114; Cass. 3-2-1968, n. 348, ivi 1968, I, 1, 1072.” (Satta, 1974: 239)

Hoy leemos en Maffei Alberti desde Bologna en el mismo sentido:

“È soluzione giurisprudenziale ormai largamente consolidata che un credito o una garanzia possono essere esclusi in sede di accertamento del passivo a causa de la loro revocabilità senza che si renda necessario proporre formalmente la az.rev (C. 90\ 2546; Trib. Padova, 26-2-1988, D.F all. 89, II, 934; App. Firenze 10-12-1981, il fall. 82,1229 (Maffei, 200: 250).

VIII. Derecho y doctrina vernáculos

Veamos cómo entre nos la situación es diferente.

Las acciones revocatorias concursales se encuentran legisladas en los arts. 118 y ss. Cap. del Título III de la Quiebra, enclave en la normativa concursal que históricamente tuvieron.

Por ello, buena parte de nuestros autores, sin privarse de remarcar “*el principio de unidad concursal*”, desde Francisco García Martínez (1962:327) en su señera obra “El Concordato y la Quiebra” con su categórica máxima que caracteriza al concurso preventivo como un pedido condicional de quiebra (5)” hasta la flamante y completa obra exegética de Pablo Heredia, afirman la ajenidad del planteo de ineficacia en sede del Concurso Preventivo.

Pero el tema se complica cuando debemos analizar la Verificación de Créditos, especialmente en su correspondencia o eficacia entre el Concurso Preventivo frustrado y la Quiebra indirecta.

En términos precisos, analizar la proyección Intraconcursal o Ultraconcursal de la sentencia de Verificación de Créditos, o dicho de otro modo, los verdaderos alcances de la cosa juzgada legitimatoria de las acreencias que menciona el art. 37 LC.

Aquí se empieza a revelar la inconveniencia de vedar la ineficacia saneatoria por considerar dos procesos distintos o autónomos al Concurso Preventivo y la Quiebra, pues los acreedores legítimos de uno, pueden no serlo en el otro, lo que destruye la unidad del régimen.

La lectura de las diferentes posiciones muestra el ingenio que debe desperdiciarse para explicar que en el proceso del Concurso Preventivo pueden admitirse créditos que luego en el proceso de Quiebra pueden desecharse, que como son dos procesos “diferentes” primero concedimos derechos a determinados acreedores y luego se los quitamos (Heredia, 2001: 166).

(5) Lo cual no hace más que confirmar que estamos ante el mismo y único proceso. Otros maestros —en el sentido medieval del término, no en el lamentablemente depreciado de nuestra Argentina populista— también enseñaban la unidad del proceso concursal: Fernández. (1979) y Cámara (1979).

A poco que analicemos los derechos conferidos, veremos que no es cosa de niños el precio que paga nuestro Sistema Concursal por la inconsecuencia lógica de esta duplicidad de procesos y consecuente veda de ineficacia en el Concurso Preventivo. Obvio decir que el precio lo pagan los depreciables acreedores legítimos (6).

Estos derechos del acreedor *investido* en el Concurso Preventivo (y luego *desvestido* en la Quiebra) son ni más ni menos que conformar la voluntad colegial que aprobará el acuerdo, acuerdo que tendrá entre otros efectos el de fijar el dimensionamiento del pasivo del patrimonio concursado. Su conformidad (antes decíamos su voto) decidirá cual es el monto futuro de los créditos verificados.

Remarco, derechos tan importantes como decidir cual será el valor o monto de las obligaciones ante la novación que produce la homologación del acuerdo (art. 55 LC).

Efectos cuya ultraactividad se expande sobre los patrimonios de todos los acreedores concursales, concurrentes o prestadores de conformidad o en ninguna de las dos inserciones. Parece demencial afirmar que por obra y designio de supuestos co-creedores, cuya ilegitimidad (y por ende carácter de terceros) se advierte después —pero que lógicamente lo eran desde antes— el activo de cualquier persona pueda ser modificado: o sea el monto de su acreencia —la del acreedor del deudor concursado— ya no sea la misma, ni siquiera en la liquidación posterior.

Es patética la forma en que una de las inteligentes y moderadas plumas de nuestro Derecho Concursal como es Alberto Conil Paz plantea el problema, que transcribo en su crudeza:

“Sin embargo, y a pesar de esa contingencia (se refiere a expresar la causa), cualquier crédito, cualquier garantía, serán verificados a pesar de reconocer una causa viciada por fraude. No será posible legalmente deducir la acción revocatoria concursal, ni alegar los supuestos de la Ley concursal, art. 122 (hoy art. 118), durante el trámite verificadorio. Tampoco acoger impugnaciones del Síndico fundadas en el conocimiento del estado de cesación de pagos del fallido. Igualmente no podrá el Juez interviniente pronunciarse ministerio legis con relación a la ineficacia del acto fraudulento”(7).

Es aquí donde la veda a las acciones de fraude concursal cobra relevancia, en el Concurso Preventivo no en la Quiebra. No importa demasiado que en la Quiebra posterguemos meses más o meses menos el tratamiento de la ineficacia, no habrá derechos adquiridos irrevocablemente para el acreedor ilegítimo y lo más importante, no habrá efectos de su actuación ilegítima que dejen huellas o afecten a los otros acreedores, que sí son legítimos.

Continúa adelante Conil Paz (ob cit. pág. 1007):

“Aparte de la incongruencia de un proceso de verificación orientado a impedir practicas fraudulentas, pero de suyo imposibles de investigar y descalificar durante su tramitación, lo importante y decisivo son las secuelas de semejante imposibilidad. El conocimiento por el acreedor del estado de insolvencia del fallido es irrelevante al momento de la verificación. No siendo posible evitarla a esta última, pese a hallarse el crédito en cuestión incurso en aquella figura, adquieren inmediata vigencia los efectos de la cosa juzgada impuesta por la Ley concursal, art. 38”.

(6) Nuestra Argentina populista desde principios de este siglo no parece tener buen concepto sobre los acreedores.

(7) Conil Paz, Alberto. “Revocatoria concursa, verificación y cosa juzgada” en ED T. 1993-E Sec. Doctrina, pág. 1006. En igual sentido, no menos patético, Antonio Tonón (1984): “En nuestro régimen el proceso verificadorio, se desarrolle en un concurso preventivo o en una quiebra, se cumple cuando todavía no ha sido fijada judicialmente la fecha de cesación de pagos. Sin fijación judicial de la fecha de cesación de pagos no hay periodo de sospecha y sin periodo de sospecha no hay posibilidad de hacer valer la ineficacia concursal...De modo que el Juez no puede rechazar, por ejemplo, la verificación de un crédito por el sólo hecho de que nació de un acto del deudor a título gratuito, o la verificación de un privilegio por el solo hecho de que tiene sustento en una garantía real constituida con posterioridad al nacimiento del crédito, por más que tenga la íntima convicción y esté suficientemente probado que el acto gratuito o la constitución de la garantía fueron celebrados por el deudor cuando estaba en cesación de pagos. A falta pues de otra observación el Juez deberá declara verificado el crédito o el privilegio”.

Así el ardid comúnmente utilizado en la práctica concursal, consistente en movimientos de fondos inexistentes, cuyo objeto es simular la existencia de créditos para acreedores complacientes o concesión de privilegios a los vinculados, que también se apoya en la falsificación de documentos o de asientos contables queda de impracticable interposición por la vía de la revocatoria, de donde se torna operativa la cosa juzgada intraconcursal, a pesar de su origen fraudulento.

Dos razones son esgrimidas para fundar la tesis negatoria:

** la primera en que la falta de fijación del inicio de la cesación de pagos impide determinar si el acto pertenece al periodo de sospecha, y

** la segunda en que alcanzado el acuerdo con las mayorías de acreedores se borra el perjuicio a los acreedores.

Ambas razones no parecen más que una excusa para postergar un tratamiento basilar en el Derecho Concursal como es lo relativo al fraude y al ataque de los principios orientadores fundantes de la legislación especial.

Si bien la primer cuestión relativa al inicio del período sospecho es salvable, con una fijación provisoria con los datos aportados por el concursado en su presentación del art. 11 inc. 2 LC, aparece la referida a la ausencia de perjuicio como mucho más endeble.

Cabe preguntarse si es tan cierto que no encontremos perjuicio en los acreedores en un Concurso Preventivo cuando aparecen disminuciones de activos por daciones en pago a acreedores concedores de la insolvencia, por actos a título gratuito o por acreedores que obtuvieron concedores de la insolvencia un fideicomiso en garantía sobre las facturaciones posteriores.

Acaso la imposibilidad de cuestionar la inoponibilidad de esos negocios o mejor dicho maniobras, ¿no vicia la voluntad de quienes se ven obligados a aceptar condiciones más gravosas para la solución de sus créditos?

Ni digamos qué protección pueden tener las minorías que no prestaron su conformidad, pero deberán aceptar las condiciones del acuerdo homologado, cuyos créditos son tan respetables como los que votaron favorablemente.

¿No era principio que en estado concursal se aliviaban los requisitos para la inoponibilidad de los actos revocables, no siendo necesario probar el *concilium fraudis*? Pareciera que quienes sostienen la improponibilidad en el Concurso Preventivo, alivianan tanto (no ya sus requisitos) que borran la figura, con la consecuencia de la validez y eficacia de aquellos actos (los revocables) cubiertos por el manto legitimante de la homologación judicial.

Debemos señalar que la impronta de esta doctrina tiene una considerable fuerza al momento de establecer el *modus operandi* judicial, los Jueces sin mayores fundamentos desechan los planteos, el operador del derecho choca contra una barrera que lo desalienta.

Esta veda a priori del capítulo de la ineficacia en el Concurso Preventivo tiene consecuencias también respecto de actos de disposición que hubiere realizado el concursado, transfiriendo bienes importantes de su activo, que luego serán irrecuperables en la etapa de quiebra, si hubieren sido nuevamente transferidos a terceros de buena fe.

La situación cobra mayor envergadura (y peligrosidad) ante los efectos del Acuerdo Preventivo Extrajudicial que ni siquiera requiere intervención de la Sindicatura.

IX. El amplio espectro de la ineficacia

Es que el instituto de la ineficacia concursal deber ser entendido como “un remedio de amplio espectro” contra el fraude instalado en el patrimonio insolvente, que todo lo corrompe como decían los romanos, que lo enferma, que lo degrada.

Nuestra Ley tiene una predilección por el dolo al momento de combatir el ilícito en sede concursal (Maffia, 1989:480), pero olvidaba el fraude (ahora rescatado a medias con la reforma del art. 52 por la rectificatoria Ley 25.589). Hay una sutil, pero no menos importante diferencia entre dolo y fraude: el fraude huele a negocio verdadero, lícito. Detrás de su aparente legitimidad no está tan visible la víctima, ella sufrirá indirectamente las consecuencias. Por ello el art. 119 LCQ afina sus requisitos y trae el mero conocimiento de la insolvencia como único requisito subjetivo.

Los actos alcanzados no serán solamente los de disposiciones de bienes, que los alejen de la garantía común, sino también los investiduras creditorias, que sin duda amenazan el activo por el aumento del pasivo, pero que, como explicáramos, tienen importantes efectos en el Concurso Preventivo.

El fideicomiso en garantía reúne ambas problemáticas en su operatoria. Permite por un lado el ingreso en la masa pasiva de un acreedor, pues la doctrina se ha encargado de establecer la necesidad de su concurrencia y verificación (XX), y por el otro sustrae bienes presentes o futuros por el patrimonio de afectación que constituye sobre bienes del activo concursado.

X. Actuales recursos contra la veda de la ineficacia en el Concurso Preventivo

¿Queda entonces sin ningún arma quien desee denunciar el fraude en el Concurso Preventivo?

El operador del Derecho se encuentra hoy con los siguientes medios para combatir el fraude en etapa de Concurso Preventivo.

El primero lo otorga el art. 50 de la Ley 24.522 al permitirle impugnar el acuerdo, dentro del 5º día de notificada la resolución del art. 49 por "*ocultación fraudulenta del activo*" inc. 4º.

El segundo será, para el caso de haber tomado conocimiento del fraude con posterioridad a la etapa impugnatoria, y sólo para los acreedores comprendidos en él, promover la nulidad del acuerdo conforme al art. 60 invocando el fraude.

El tercero permitirá utilizar el derecho común en sede concursal. Se trata de las acciones de simulación (arts. 955 y ss. del Cód. Civil) o pauliana (arts. 961 y ss. Cód. Civil) que la doctrina y jurisprudencia han impuesto como viables, realizando una interpretación del art. 21 inc. 1º LCQ que impide la promoción de procesos contra el patrimonio concursado. Dicha interpretación mayoritaria (8), aunque no pacífica dado que cuenta con laboriosa oposición de Luis Porcelli (1998: 1184) (2001:119) sostiene que la prohibición legal alcanza solamente a aquellas acciones que tiendan a sustraer bienes del patrimonio y no a incrementarlo como serían las restitutorias acciones de simulación o pauliana.

El cuarto ya escapará a una vía procesal en sus manos para desplazarse al ámbito del Juez, quien convencido de ocultación fraudulenta de activo o realización de actos revocables por el Informe General de la Sindicatura podrá negarse a homologar el acuerdo haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 52 inc. 4º de realizar un examen que no se circunscriba a un control extrínseco y formal (Rivera y Roitman, 2002: 363)

Tres de los cuatro recursos apuntados desembocarán en una quiebra indirecta que permitirá ahora sí el tratamiento de las ineficacias.

La pregunta que cabe hacerse es si no llegarán tarde los remedios, y allí la jurisprudencia se ha hecho cargo de ello.

Advirtiendo la posibilidad que el valladar de la buena fe resguardada en el art. 1051 del Código Civil (junto al título oneroso) impidiera el ejercicio de la facultad de perseguir y recuperar "en especie" los bienes re-

(8) Kemelmajer de Carlucci (1978):588; Rivera (1998); Favier Dubois (2003):23 "cabe pensar en esta atractiva variante: como resultado de la acción pauliana el bien regresa al patrimonio del deudor y sobre éste ejerce su acción el acreedor actuante. Entonces, como consecuencia del concursamiento del deudor, aquel no puede agredir individualmente sus bienes, y por esta razón la acción se "socializa" como ocurre cuando se ejerce en la quiebra. Una vez devuelto el bien al patrimonio del deudor se encuentra sujeto a los efectos del concurso preventivo y vedada así la cobranza por el acreedor individual, el recuperado queda en beneficio de todos..."

gistrables transferidos por quien los hubo del concursado en virtud de un acto alcanzado por la ineficacia, señala Mauricio Boretto (2005:52) que el Juzgado nº 1 de Procesos Concursales y Registro de la Ciudad de Mendoza ha dictado medidas cautelares en los autos 35.083/27.858 “K. SACI e I en J: 33.245 “A. & B. SA s/ Concurso Preventivo” - fallo confirmado por la Cámara 2ª Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza y en autos “31.781, caratulados “C. y E. SA s/Concurso Preventivo”.

En el primero de ellos a pedido de acreedores y en el segundo atento el informe general que el Sindicato vuelca en relación a los actos revocables, el Magistrado dispuso la “anotación de litis” en el Registro de la Propiedad Inmueble en las matrículas de los inmuebles afectados, anoticiando las eventuales consecuencias de las acciones revocatorias.

Resguardando el reintegro de bienes salidos indebidamente, el Magistrado ha preservado los principios orientadores del Sistema Concursal, permitiendo el eventual éxito las acciones revocatorias. Se “cuela” así, bien que débilmente, la ineficacia en el Concurso Preventivo en su cruzada contra el fraude. Es que no es posible concebir un proceso concursal sin ineficacias, ellas son de la naturaleza humana, y coartar su aplicación.

Por último existiría una quinta posibilidad, L. Gamez y G. Esparza encuentran en la propia normativa del art. 15 Ley 24.441 la “acción de fraude” como recurso disponible para atacar el ilícito en cualquier instancia, y ello comprendería también la etapa del Concurso Preventivo.

En su obra “Fideicomiso y Concurso” señalan que aunque pareciera que el legislador tuvo en cuenta la acción pauliana al introducir la normativa, debe entenderse que la norma sobrepasa dicha previsión al comprender a “los actos en “fraude a la Ley”, y transcriben a Rivera (1998-2000) en sus “Instituciones de derecho civil” quien los define como:

“negocios jurídicos aparentemente lícitos por realizarse al amparo de una determinada Ley vigente (Ley de cobertura) pero que persiguen la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (Ley defraudada)...

Con sus elementos compuestos por: a) un negocio jurídicamente lícito; b) existencia de una Ley imperativa que veda un resultado análogo (Ley defraudada) que en el ámbito concursal podría ser la misma igualdad creditoria o la disposición de bienes en perjuicio de la masa; y c) intención de defraudar la Ley imperativa, estos negocios en fraude a la Ley tienen tratamiento expreso en el art. 1.394 del Código Civil Italiano y en el art. 6 inc. 4 del Código Civil Español. Nuestro derecho sin una norma genérica, recepta la doctrina en los arts. 3.741 Código Civil (fraude para violar la capacidad para ser beneficiario de testamento), art. 1.298 Código Civil (fraude a la sociedad conyugal), fraude a la legítima hereditaria y fraude laboral del art. 14 de la LCT.

Así es, concluyen Gamez y Esparza, que la esencia del defecto que vicia el negocio en fraude a Ley, radica en la causa final, más que en la intención de defraudar, en la misma distorsión de la causa objetiva tenida en cuenta por la norma de cobertura.

En nuestro caso del fideicomiso en garantía, estaría distorsionada la figura en consideración a los eventuales efectos de la Ley concursal. La utilización de la norma de cobertura que sería la Ley 24.441 tendría el fin de cubrir avatares concursales sobrevinientes, utilizándose para frustrar derechos de acreedores, violar la igualdad concursal, o ubicar un crédito en posición relevante respecto de otro, etc.

La diferenciación que marcan los citados autores entre esta figura y la acción revocatoria, estaría dada por los diferentes efectos que tienen. Dado que en el fraude a la Ley lo perjudicado es el ordenamiento jurídico mismo, la consecuencia será la nulidad del acto; en tanto que las revocatorias tienen como perjudicado un acreedor o varios acreedores, la consecuencia sería la inoponibilidad hacia el acreedores o acreedores.

XI. Revocatoria y distintos enclaves del Fideicomiso

Partiendo de nuestra afirmación inicial relativa a la inadecuada relación entre la Ley de fideicomiso y la Ley concursal, al punto que ni siquiera esta última como Ley posterior tiene referencias

en su art. 2° al patrimonio fiduciario ni al contrato entre las relaciones jurídicas preexistentes, examinaremos la situación de los diferentes sujetos que cumplen sus roles en el contrato.

De tal modo, lo haremos desde la normativa general centrándonos en las acciones reintegrativas que permite el proceso concursal para todas las modalidades del Fideicomiso, intentando una breve referencia en caso de Fideicomiso en garantía.

XII. El Fiduciante

Es quien presenta la mayor gama de situaciones que obligan a armonizar ambos regímenes: el fideicomiso con el concursal.

Ello así, por cuanto es desde su patrimonio donde se ha producido el desprendimiento de bienes o derechos que pueden perjudicar a sus acreedores concursales, destinatarios de la garantía común (Gámez y Esparza, 1997).

En primer lugar repararemos que la afirmación del art. 15 Ley 24.441 al vedar a los acreedores del fiduciante la agresión sobre los bienes fideicomitados “salvo la acción de fraude”, no está limitando la inoponibilidad a los supuestos de acción pauliana prevista en el art. 961 Código Civil, sino que ante el concursamiento del fiduciante se abren las acciones de recomposición que prevé la normativa concursal.

Aparecen de este modo, dos vías de recomposición concursal, una que opera de pleno derecho protegiendo el patrimonio frente a actos fuertemente sospechosos, tildados de fraude o por lo menos de una generosidad tal que no se compadece con el estado de cesación de pagos que muestra el concursado.

Otra, que requiere el conocimiento real o “cognoscibilidad razonable” del estado de cesación de pagos en el cocontratante, más el perjuicio causado por la realización del acto revocable. Reunión de un elemento material (el perjuicio) con un elemento subjetivo (el conocimiento) del tercero cocontratante, cuya ignorancia podría llegar a no relevarlo de las consecuencias de la revocación en un contexto de obrar culpable o negligente.

Ineficacia de pleno derecho.

Acto a título gratuito.

El primer inciso del art. 118 LCQ nos plantea el interrogante sobre la gratuidad u onerosidad del contrato de fideicomiso que produce la transferencia fiduciaria.

La pregunta que se impone: ¿Qué ocurre en el contrato de fideicomiso en que el fiduciante entrega a título de confianza uno o más bienes al fiduciario para el cumplimiento de una manda específica?

Como adelantáramos al caracterizar el contrato (pág. 23) deberá efectuarse en el análisis una aclaración previa que denota la complejidad de la figura: el contrato de fideicomiso que establece la relación fiduciaria o la manda sobre el fiduciario deberá ser independizado de la transmisión fiduciaria que es el instrumento del negocio indirecto.

Por ello no podemos afirmar que dependerá de la existencia o no de retribución hacia el fiduciario, el carácter de gratuidad u onerosidad del fideicomiso, como sostiene alguna doctrina (Bressan, 1999: 71). El fideicomiso no será comprendido entre los actos revocables porque exista o no remuneración prevista para el fiduciario, máxime que a la luz del art. 8 Ley 24.441 si no se hubiere previsto gratuidad se presume oneroso.

Tampoco podemos afirmar que resulte ajeno al instituto —llegando de allí al absurdo de encontrarlo excluido de la ineficacia— porque sin duda la transmisión fiduciaria es un acto neutro, es un acto de fiducia, es un acto de destinación en la terminología de Spota, la transferencia se opera sin contraprestación alguna. Tanto lo es que ni la voracidad fiscal de nuestro siempre incomprensible sistema impositivo alcanza la transmisión en nuestra Provincia con el impuesto de sellos (Spota, 1979: 153).

Donde deberá bucearse esa nota de gratuidad que implique la revocabilidad del acto es en la esencia de la relación subyacente, vista no ya desde la gestión del fiduciario, sino desde el patrimonio del fiduciante. Patrimonio que obtendrá contraprestación (nota de onerosidad) o disminuirá sin contraprestación (nota de gratuidad). En este cometido tendrá una intensa relación, señala Molina Sandoval, la estructura del fideicomiso y la relación del fiduciante con el beneficiario y el fideicomisario.

Carregal citado por Games y Esparza es quien define la nota necesaria para la oponibilidad del fideicomiso: “en definitiva lo que determinará la calificación del acto de disposición para establecer su grado de oponibilidad a los acreedores no será la transferencia fiduciaria en sí, sino la existencia o no de una contraprestación equitativa a favor del constituyente que provenga de la ejecución del encargo fiduciario” (Carregal, 1982: 139).

Pago anticipado de deudas.

Sobre la base de lo dicho anteriormente previenen Games y Esparza (1997:103) que se deberá analizar el contrato subyacente, que puede dentro de una ingeniería financiera o reestructuración de pasivos configurar una mejora o cancelación de deuda no vencida para el acreedor a quien se nombre beneficiario de un fideicomiso, violatoria de la igualdad creditoria.

Inoponibilidad de la preferencia.

Es el fideicomiso en garantía una preferencia que adicionada en el periodo de sospecha a un crédito no vencido acarree la inoponibilidad?

No nos cabe duda que el fideicomiso importa una garantía, surge no sólo la posibilidad de su constitución, prueba de ello la recurrente practica que hace el mercado de la figura.

Las instituciones financieras la requieren y los operadores buscan a su cobijo la circulación de sus activos. Su ductilidad sustituye en el tráfico a la hipoteca y la prenda.

La preferencia es “manifiesta”: un determinado activo resulta “separado” del resto de los bienes que componen la garantía común para que el fiduciario lo “guarde” o le sirva de “receptáculo” —sin por ello confundirlo con los demás activos de su propiedad— y en caso de incumplimiento de la deuda lo enajene pagando al acreedor, debiendo luego restituir el remanente al fiduciante-deudor-fideicomisario o a un tercero.

El caso es, agrega Dario Graziabile (2005) en “Insolvencia y Fideicomiso” que pueda tomarse a la transferencia de dominio como constitución de garantía respecto de obligación no vencida, donde quedaría incluido el fideicomiso, como negocio típico que puede transferir bienes para favorecer a un acreedor, violando la paridad crediticia.

Revocatoria concursal.

Segunda especie de las vías de recomposición patrimonial concursales es la que se tipifica con el conocimiento de la otra parte del acto realizado sobre el estado de insolvencia del concursado. Este presupuesto subjetivo que deberá darse, según el caso en el fiduciario, o en el beneficiario o en el fideicomisario (Graziabile, 2005) se complementará con el presupuesto objetivo de la realización del mismo en el periodo de sospecha y la existencia de perjuicio.

Este presupuesto subjetivo que deberá darse, según el caso en el fiduciario, o en el beneficiario o en el fideicomisario (Graziabile, 2005) se complementará con el presupuesto objetivo de la realización del mismo en el periodo de sospecha y la existencia de perjuicio.

En relación a este punto de la insolvencia del fiduciante advierte Marcelo de Hoz que es importante analizar la responsabilidad del Fiduciario, quien debe obrar con la diligencia y prudencia del buen hombre de negocios (art. 6 Ley 24441). Su conducta deberá pasar los filtros de la buena praxis requerida en la Ley de Sociedades y en los arts. 902 y ss. del Código Civil, máxime frente a un operador profesional cuando el rol de fiduciario es asumido por una Entidad Financiera como sostiene de Hoz

(2003) “*Difícilmente un fiduciario profesional, llámese Banco, Entidad Financiera, etc. pueda eludir una imputación en tal sentido frente a un caso de insolvencia manifiesta del fiduciante*”.

El *fideicomiso en garantía* obligará al fiduciante concursado a denunciar su existencia atento lo dispuesto en el art. 11 inc.5 LC puesto que configurando los bienes fideicomitidos una garantía, una vez efectivizada la garantía, le asiste derecho al remanente .

Lo cierto es que al conformar la figura compleja del *fideicomiso en garantía* un contrato de garantía existe la carga de verificar impuesta al beneficiario acreedor. Ello permitirá, se dice, munir al acreedor de un título que legitimará su derecho frente a todos los interesados en la ejecución colectiva. Pero también beneficiará al concurso que habrá podido determinar los límites del crédito y conocer si deberá responder por sobre el valor obtenido de la ejecución de dichos bienes.

A su vez el Fiduciario, si bien no aparece escrita en la breve normativa de la Ley 24.441 (9) la facultad de enajenar el bien fideicomitado, puede hacerlo con el respeto de su obligación de comportarse con “la diligencia y prudencia de un buen hombre de negocios”, puesto que no deberá ejecutar la garantía sin antes conocer la admisibilidad del crédito en el pasivo concursal. Repárese que la garantía siempre será accesoria al crédito, de no existir éste quedaría sin sustento la manda que lo originara.

De donde, como afirma Claudia Raisberg (2006) “la contracara de la carga de insinuación del beneficiario, es la obligación de abstención del fiduciario”, imponiéndose por otra parte, la analogía con lo dispuesto por el art. 126 de la Ley 24.522. Asimismo afirma

“Si bien el concurso no afecta directamente el fideicomiso en garantía ni el dominio fiduciario transmitido en aquel contrato, sí lo hace indirectamente al generar consecuentes sobre el crédito del acreedor principal garantizado el que se encuentra alcanzado por el principio de concurrencia y la carga de solicitar la verificación de su acreencia para mantener la legitimidad de su existencia. Es que si bien tal legitimidad era presumida antes del proceso universal, ahora debe ser de alguna manera demostrada en el Concurso Preventivo mediante su verificación y el correspondiente control por parte de todos los acreedores concurrentes

Otro caso podría sumarse a esta cuestión: y si el bien fideicomitado fuera un bien productivo? Que más allá de la transferencia del dominio retuviera el fiduciante concursado? Debería el Fiduciario suspender su ejecución? Podría disponerlo el Juez del Concurso Preventivo del fiduciante? Pienso que en este caso no pesa sobre el Fiduciario obligación alguna de suspensión de la ejecución, como en la situación anterior, y hasta aparece dudosa la facultad del magistrado planteada en el último interrogante.

La CNCom, sala E en “Kayders S.A. s/concurso preventivo” s/incidente de apelación (medida cautelar) 08/05/ 2006, ED diario 29/09/06, ha receptado posición contraria a la mía, disponiendo en el Concurso Preventivo de la Fiduciante la suspensión de la ejecución del bien fideicomitado en garantía por parte del Fiduciario por un lapso de 90 días, con fundamento en el último párrafo art. 16 Ley 24.522.

XIII. El Fiduciario

El concursamiento del fiduciario también tiene relevancia en cuanto al Fideicomiso, quizás —señalan Games y Esparza (1997)— no tanto en cuanto a las acciones reintegrativas dado que su patrimonio permanece ajeno y no confundido con el patrimonio de afectación, y existen usualmente cláusulas que restringen el poder de disposición del fiduciario sobre dichos bienes, lo que habla de un control de la gestión que dificulta maniobras que pudieran originar ineficacias.

Estos autores también sostienen que siendo las Entidades Financieras en su mayor parte quienes desempeñan este rol (especialmente en el fideicomiso financiero) y estando bajo el control de la Comisión Nacional de Valores y del Banco Central que realiza un seguimiento y supervisión permanente de la operatoria general de las Entidades, se agrega a ello otro obstáculo a las ineficacias.

(9) Tan breve que le hace decir a Martorell (2007) que lo malo si breve es dos veces malo.

Comparto la apreciación en teoría, dado que existen sobradas muestras en nuestra historia reciente sobre las falencias —valga la expresión— de la actuación del Banco de Bancos de nuestro país que, subido al carro del partido de turno, ha sido más un instrumento de la política que un autónomo defensor del sistema financiero en general y del ahorro público en particular.

Después de la sanción de la Ley 24.441 no cabe duda sobre la impermeabilidad que debe entenderse entre los bienes que integran el patrimonio del fiduciario. Esa es la filosofía de la Ley. Los acreedores del fiduciario no pueden “agredir” los bienes fideicomitidos (art. 15 Ley 24.441) ni los bienes del fiduciario responderán por las obligaciones del fideicomiso (art. 16 Ley 24.441)

Darío Graziabile (2005) en torno a esta cuestión plantea que existe duda respecto a los bienes que se adquirieran con fruto de los bienes fideicomitidos, entendiendo que en dicho caso los mismos debieran seguir el mismo régimen que se aplicase a los bienes anteriores, en el sentido que pasarían a formar parte del dominio fiduciario. Cita en su apoyo el art. 13 Ley 24.441 que establece la adquisición de la propiedad fiduciaria para ellos cuando fueren adquiridos con los frutos o con actos de disposición de dichos bienes.

El concurso preventivo del fiduciario no afectará los bienes fideicomitidos. Si la quiebra no los conmueve, menos podrá hacerse en la etapa de Concurso Preventivo, donde el desapoderamiento se dice ser “atenuado” por la doctrina. Así podemos afirmar que para la gestión de la manda fiduciaria no deberá soportar el fiduciario el contralor de la Sindicatura, ni estará sometido al sistema de actos jurídicos prohibidos ni necesitados de autorización judicial previa, lo cual en la práctica no lo relevará de tener que explicar ante los Registros Inmobiliarios la facultad de disposición que tiene sobre los bienes fideicomitidos a su nombre, cuando por disposición del art. 14 inc. 7 LCQ se encuentra anotada una Inhibición General de Bienes.

Por ello, no hay acciones revocatorias —ni aún en la posición que permite su planteamiento en etapa de Concurso Preventivo— respecto de los bienes en fiducia. Ni la inoponibilidad sancionatoria del art. 17 LCQ respecto de los actos comprendidos en los arts. 15 y 16 LCQ.

La quiebra del fiduciario no conmovirá mediante acciones revocatorias concursales los actos realizados por éste respecto de los bienes fideicomitidos, más allá que la falencia importará la cesación del fiduciario en su cargo por expresa disposición del art. 9 inc. d) Ley 24.441 en sintonía con el art. 238 LCQ que fija el alcance de la inhabilitación del quebrado, a las que deben sumarse disposiciones especiales contenidas en otras Leyes como el art. 10 de la Ley de Entidades Financieras, arts. 8 y 37 inc. a) Ley 24.144, decreto 656 año 1992 referido a las calificadoras de riesgo, art. 9 de la Ley 20.091 y otras (10).

XIV. El beneficiario

La insolvencia del beneficiario también deberá analizarse porque presenta aristas interesantes.

Desde luego que el patrimonio fideicomitado está lejos de confundirse con el patrimonio del beneficiario y éste no tiene respecto de los bienes que lo componen ningún derecho real que esgrimir, siendo su expectativa originada en relaciones personales que lo señalan beneficiándose con el negocio fiduciario. Lo interesante es precisamente destacar que es éste derecho personal, en sus aspectos pecuniarios, el que integrará la masa activa o falencial en caso de concurso del beneficiario.

En caso de Concurso Preventivo nos encontraremos con el régimen de actos prohibidos o permitidos con autorización judicial que detallan los arts. 16 y 17 de la LCQ, de donde si se trata de actos a título gratuito que sobre el beneficio que le corresponda en los bienes fideicomitidos realice el beneficiario ellos estarán alcanzados por la ineficacia, dado que se realizan por quien se halla en cesación de pagos declarada. Igual suerte correrán actos relativos a dicho contrato o sus bienes que otorgare el beneficiario sin requerir la autorización judicial que comporta el control previo jurisdiccional so-

(10) Existe discrepancia en la doctrina si igual efecto produce la apertura del Concurso Preventivo del fiduciario. Molina Sandoval (2004). En contra Graziabile (2004:2).

bre la conveniencia de los mismos o al menos su inocuidad respecto del patrimonio concursado, si ellos exceden la administración ordinaria del giro comercial o se relacionan con bienes registrables, la disposición o locación de fondos de comercio, la emisión de debentures u obligaciones negociables garantizados con garantía especial o flotante.

En caso de quiebra serán de aplicación la normativa de los arts. 107, 111, 112 y 113 de la LCQ si del análisis de la relación subyacente, como hemos puntualizado anteriormente, surge una donación a favor del beneficiario, que será preciso analizar pues diferirán sus efectos en razón del tiempo en que su hubiere producido la aceptación del beneficiario, a saber:

Aceptación posterior a la falencia. Si al tiempo de la falencia no hubiere aceptado su condición el beneficiario, el síndico analizará si existe cargo que perjudique el beneficio de la donación y lo rechazará o aceptará en consecuencia. Se entiende que en ambos casos necesita autorización judicial. Esta sustitución a favor del síndico regirá hasta la rehabilitación del beneficiario fallido.

Aceptación anterior a la falencia. En caso que la condición de beneficiario precediere a la quiebra, los arts. 504, 1199, 1161 y 1163 Cód. Civil hacen en ejecución al contrato, por lo cual deberá procederse conforme los arts. 143 y 144 LCQ, de donde si está cumplida la prestación del fiduciario, éste deberá verificar por el cargo a su favor; si el cargo es el que está cumplido, el fiduciario deberá cumplir a la quiebra con las prestaciones.

Si el fideicomiso fuere oneroso, regirán las normas relativas a los contratos en curso de ejecución, cuya relación hemos efectuado para el caso anterior, y con especial aplicación de las "prestaciones recíprocas pendientes del art. 144 LCQ.

En último análisis, veamos que conforme reza el art. 159 LCQ tratándose el fideicomiso de una relación patrimonial no contemplada la Ley de Quiebras otorga al Juez la facultad de aplicar Leyes análogas en defensa de los principios concursales.

De todos modos la ineficacia puede alcanzar los actos del beneficiario cuando ellos impliquen disposiciones a título gratuito sobre los bienes fideicomitidos (art. 118 LCQ.), o recibiere pagos en cumplimiento del fideicomiso que el fiduciario no puede efectuarle ya, debiendo efectuarlo a la Sindicatura, o los efectuare con bienes fideicomitidos disponiendo de ellos (art. 109 último párrafo, que debe remitirse al art. 118 LCQ.)

Algunos autores señalan una posible colisión que pudiese generarse entre la Ley de Fideicomiso o mejor dicho el contrato que lo constituye y la normativa concursal, de preverse en dicho contrato la resolución del beneficio o de la transmisión en caso de quiebra del beneficiario. Sin perjuicio de recurrir al lugar común de remarcar que deberán analizarse las circunstancias del caso, entendemos que en tal situación primarán las normas concursales dado que si la condición es la quiebra del beneficiario, ya estaríamos en sede concursal con normas imperativas que hacer ceder a la autonomía de la voluntad.

XV. Fideicomisario

Idénticas reglas a las señaladas para el beneficiario alcanzarán al fideicomisario, que sabido es también puede resultar el propio beneficiario si es que se acuerda reunir en la misma persona ambas inversiones.

Ello así porque siendo el destinatario final de los bienes fideicomitidos, tiene incorporado desde su aceptación el derecho personal a los bienes, que en ése carácter integran su patrimonio. Debiendo ser preservado durante el concurso preventivo (arts. 17 y 176 LCQ) o desapoderado (art. 109 LCQ.) y liquidado en caso de falencia.

XVI. Conclusión

El fideicomiso presenta una irrupción en la operatoria negocial del mercado argentino sin precedentes. Fruto de su tipicidad legal alcanzada con la vigencia de la Ley 24.441 llamada Financiamiento de la vivienda y la construcción.

Esta ley no presenta una regulación acabada del *fideicomiso*, figura cuya complejidad y yuxtaposición de relaciones amerita un estatuto que despeje dudas, marque orientaciones y contribuya a paliar la ilimitada inseguridad jurídica que exhiben nuestras instituciones.

Entre las especies de fideicomiso luce el *fideicomiso en garantía* como una figura de vastas proyecciones que ha sido adoptada por los operadores, entre otras aplicaciones para la creación de un mercado secundario de valores, cumpliendo así un importante rol en el desarrollo y circulación del crédito. Finalidad esta que pareciera haber orientado la sanción de la ley, pero que con total torpeza no aparece regulada, ni siquiera mencionada en su texto.

La regulación del *fideicomiso financiero*, con el que pareciera agotar el legislador su intención de contribuir al desarrollo del crédito, también exhibe su raquitismo y falencia, abandonada a la reglamentación del Banco Central de la República Argentina. Falencia que, valga la redundancia del término, —se muestra patente— en la exclusión o inaplicabilidad del sistema concursal ante la falencia del propio fideicomiso (art. 23 Cap. VI De la insuficiente del patrimonio fideicomitado...).

El patrimonio de afectación que el *fideicomiso* establece, introduce una de las problemáticas más interesantes en cuestiones de responsabilidad patrimonial. Situación que se agudiza ante la crisis que conlleva el estado concursal, y que obliga a analizar la operatoria toda del *fideicomiso* en procura de combatir el dolo y el fraude.

En el equilibrio que debe mantenerse en sede concursal entre los intereses de la masa de acreedores por un lado y el interés del co-contratante del *fideicomiso en garantía* es donde se advierten las mayores dificultades. Porque la separación de patrimonios aludida antes, genera una de las características más preciadas para el co-contratante, en el caso el acreedor, quien valorará muy en especial que el bien que garantiza su crédito no pueda ser agredido ni individual ni colectivamente en su perjuicio. Es la máxima seguridad que el ordenamiento podía darle.

Ahora bien, la regulación de esta exclusión patrimonial del activo para el ámbito contractual, resulta insuficiente frente al vacío normativo de la Ley de Concursos y Quiebras cuando el activo ha salido de un patrimonio insolvente.

De allí deviene imprescindible, en un proceso armonizador entre la normativa general del *fideicomiso* y los principios orientadores que gobiernan la concurrencia y la concursalidad, estudiar las acciones reintegratorias, pues ellas resultan ser los remedios que el ordenamiento jurídico entrega a los particulares para preservar el buen funcionamiento de la figura.

Por ello la tesis propone no olvidar, *el amplio espectro de la ineficacia*: la ineficacia no se agota en la reintegración patrimonial, también es operativa para perseguir el fraude, que se cobija ante la apariencia de un negocio real y legítimo, pero que está viciado desnaturalizado, con el conocimiento del estado de cesación de pagos del co-contratante. El fraude es de la íntima esencia de la revocatoria concursal, que para su ejercicio admite un delicado juego de presunciones, que al decir de Conil Paz se estratifican unas con otras.

Así deberá tornarse obligatoria la denuncia del *fideicomiso* por el concursado para anotar al concurso de los derechos que pudieren corresponderle, deberá establecerse la carga verificatoria en el *fideicomiso en garantía* por el fiduciario o el acreedor para ejercer sus derechos sobre bienes fideicomitados, deberá aceptarse el planteamiento de cuestiones relativas a la ineficacia en la etapa de Verificación de Créditos, lo que incluye su proponibilidad también en Concurso Preventivo y cautelarse debidamente las pretensiones, deberá establecerse que el efecto novatorio del acuerdo homologado no alcanza a los créditos garantizados con bienes fideicomitados encontrándose dichos créditos excluidos del computo del pasivo, en el aspecto procesal también el *fideicomiso en garantía* merece ser sometido al hoy desvalido fuero de atracción del proceso universal respecto a sus controversias y ejecución

Entendemos que la ley común deberá regular la publicidad del contrato cuando el bien fideicomitado se componga de bienes muebles no registrables y de derechos creditorios.

En caso que los derechos creditorios fideicomitados fueren futuros también requiere una normativa especial, pues allí encontramos que la notificación al deudor cedido que otorgaba fecha cierta a la transmisión, resulta de imposible cumplimiento.

La practica judicial indica que en nuestro sistema es necesario contar con normas que clarifiquen estas cuestiones, Caso contrario veremos aplicaciones de normas por analogía para casos iguales lo que contribuirá al omnipresente desconcierto e inseguridad.

Esta “*asignatura pendiente*” de la *publicidad en el fideicomiso*, encontró recepción en el art. 1455 del Proyecto de Código Civil de 1998:

“El contrato debe celebrarse por instrumento publico o privado. El contrato de fideicomiso es ineficaz respecto de inmuebles que se pretenden incluir en él, cuando no se celebre por escritura pública; en este caso el contrato no puede invocarse a los fines del art. 961. Si la incorporación de esta clase de bien es posterior a la celebración del contrato, basta con el cumplimiento en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso”

Un proyecto de reforma a la Ley 24.522 (Expte. 4503-D-2006) con trámite parlamentario (nº 108) prevé el tratamiento del *fideicomiso en garantía* en el Concurso Preventivo y en la Quiebra mediante agregados en los arts. 21 y el art. 247 bis:

art. 21 (dos últimos párrafos) “En las ejecuciones de garantías reales y de fideicomisos de garantía no se admitirá el remate de la cosa gravada o cedida fiduciariamente ni en caso de garantías reales, la adopción de medidas precautorias que impidan su uso por el deudor, si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio”.

El juez del concurso es competente para entender en las controversias que pudieren tener causa en el fideicomiso en garantía, aún su ejecución.

art. 247 bis. Fideicomiso de garantía.

“Cuando el crédito hubiere sido asegurado con la cesión fiduciaria del deudor, el fiduciario o en su defecto el acreedor deberá concurrir a la verificación denunciando la garantía. La misma será extensiva a los gastos razonables necesarios para el desarrollo del contrato, los que deberán ser verificados o autorizados por el Juez según corresponda”.

El crédito no será computado en el pasivo a los fines del cálculo del acuerdo ni regirá lo dispuesto por el art. 56 de esta Ley, pero el deudor podrá realizar una propuesta especial para estos créditos, la que deberá obtener la conformidad de todos los acreedores de la categoría.

Salvo que el Juez del concurso fijara un plazo menor, el fiduciario y el síndico deberán presentar informes trimestrales de la evolución del contrato y situación de los bienes.

Ante la extinción del fideicomiso, el crédito, o su saldo insoluto, concurrirá como quirografario, siendo afectado por los términos del acuerdo, si lo hubiera habido.

En caso de quiebra la cesión fiduciaria en garantía será inoponible a los titulares de créditos quirografarios cuya causa o título fueran anteriores a la publicidad de la cesión y a la incorporación de los bienes cedidos al patrimonio del deudor

IX. Bibliografía

Alcover Garau, Guillermo “Aproximación al Régimen Jurídico de la reintegración concursal” En: R. García Villarde, A. Alonso Ureba, J. Pulgar Ezquerra. (dir.) Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 aa.vv Diles, Madrid: 2004, 331 y ss.

Alegria, Héctor “Fideicomiso en garantía: efectos sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del Fiduciante, Revista Jurídica Argentina La Ley Suplemento de concursos y quiebras, Buenos Aires, 12-07-2004.

Alterini, Jorge, et. al. La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra. La Ley, Buenos Aires: 2000.

Bauzá de Pina, Dolly Grzona, Daniel “Fideicomiso y derecho falencial” En: Maury de González, Beatriz (dir.) Tratado teórico práctico de Fideicomiso. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

Boretto, Mauricio Concurso, fideicomiso de garantía Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Bressan, Pablo “Negocio jurídico fiduciario. Sus aspectos obligacionales” En: Maury de González, Beatriz (dir.) Tratado teórico práctico de Fideicomiso. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

Busetto, Adalberto Luis. “La privilegiada seguridad jurídica del acreedor hipotecario en el Concurso preventivo y la quiebra del deudor. Comentario crítico fallo 107.740 Suprema Corte de Buenos Aires, 2003/09/10 Zimmermann Horacio s/incidente de verificación tardía en Bianchet Mario s/quiebra En: Revista Jurídica Argentina La Ley Suplemento de concursos y quiebras, Buenos Aires, 12-07-2004.

Busetto, Adalberto Luis “La reforma concursal española. Ley concursal española, Principios y bases en una reforma elaborada” En: Doctrina Societaria y Concursal Errepar, Buenos Aires, 194, 1994.

Carregal, Mario. El Fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas. Universidad, Buenos Aires, 1982.

Conil Paz, Alberto. “Revocatoria concursal, verificación y cosa juzgada” En: El Derecho, Buenos Aires, 1993-E.

Favier Dubois, Eduardo M. “Procedencia de la acción pauliana en el concurso preventivo: ¿sí o no?” Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano de la Insolvencia Ad-Hoc Buenos Aires. 2003.

Favier Dubois, Eduardo (h.). El fideicomiso en garantía sobre el flujo de fondos frente al concurso preventivo. Oponibilidad, verificación y resguardo. En: Maury, Beatriz A., dir. Negocios comerciales modernos. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, 205-207.

Fernández, Raymundo L. “Unidad del proceso concursal” En: Revista Jurídica Argentina La Ley Buenos Aires, 1979-C: 504-507.

Games, Luis M. y Esparza, Gustavo. Fideicomiso y concursos. Depalma, Buenos Aires, 1997.

García Villaverde, Rafael, Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerria, J. (dir.). Derecho concursal. Estudio sistemático de ley 22/2003 aa.vv. Diles, Madrid, 2004.

García Martínez, Francisco. El concordato y la quiebra Depalma, Buenos Aires, 1962.

Graziabile, Darío “Insolvencia y Fideicomiso” En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Diario. Buenos Aires, 07/02/05.

Heredia, Pablo D. Tratado exegético de Derecho Concursal., Abaco, Buenos Aires, 2001, t. III.

Hoz, Marcelo de. “El contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviviente” En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Diario. Buenos Aires, 13/11/2003.

Jordano Barea, Juan B. El negocio fiduciario. Bosch, Barcelona, 1959.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. “La revocación de los pagos efectuados por el deudor concursado” En: Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978.

Maffía, Osvaldo J. Verificación de créditos. Depalma, Buenos Aires, 1989.

Maffei Alberti, Alberto Commentario breve alla Legge Fallimentare. Cedam, Padova, 2000.

Martorel, Ernesto E. “El fideicomiso: breve estudio critico de la utilización de esta figura en la Argentina de hoy” En: Revista Jurídica Argentina La Ley, Diario, Buenos Aires, 19/02/2007:

Molina Sandoval, Carlos A. El Fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia. Abaco, Buenos Aires, 2004.

Mosset Iturraspe, Jorge. Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios Ediar, Buenos Aires, 1974.

Porcelli Luis A. "Improcedencia de las acciones de simulación y pauliana dentro del trámite del Concurso Preventivo", En: Revista Jurídica Argentina La Ley, 1998-B, 1184-1190.

Porcelli, Luis A.; Régimen Falencial y Acción Pauliana, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Pulgar Ezquerro. La reforma del Derecho Concursal comparado y español. Los nuevos institutos concursales y reorganizativos. Civitas, Madrid, 1994.

Raisberg, Claudia. "El fideicomiso en garantía frente al concurso". Revista Jurídica Argentina La Ley, LXX, 100:1-3.

Rivera, Julio César Instituciones de Derecho Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998-2000.

Satta, Salvatore Diritto Fallimentar. Cedam, Padova, 1974.

Soler, Osvaldo H. y Carrica, Enrique D. "El Fideicomiso y el fraude" Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 2000-B: 1193-1198.

Spota, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Depalma, Buenos Aires, 1979. vol.. I y II.

Tonón, Antonio. "De la calificación de los actos celebrados en el período de sospecha en perjuicio de los acreedores" En: El Derecho, Buenos Aires, 1984, 108: 825-828. ♦