

LOS PASIVOS EXCLUIDOS POR EL ART. 35 BIS DE LA LEY DE ENTIDADES FINANCIERAS Y LA QUIEBRA.

por

ANDRÉS ARIEL STUPNIK, SERGIO A. J. STUPNIK y MARTÍN G. STUPNIK
(Doctrina Societaria y Concursal, Tomo XVIII, Edición N° 223, Junio 2006,
pág. 695 a 709, editada por Errepar S.A., Buenos Aires, Argentina)

El propósito del presente trabajo es analizar si es posible que se verifiquen en el marco de la quiebra “**residual**” de un banco o entidad financiera -proceso sujeto en forma simultánea a las disposiciones de la Ley de Entidades Financieras y a la Ley de Concursos y Quiebras-, los pasivos que fueron excluidos en los términos del art. 35 BIS de la Ley de Entidades Financieras (con la autorización del BCRA), o si por el contrario, dichos pasivos son de exclusiva responsabilidad del Fideicomiso formado con bienes de la ex entidad. Se analizan a su vez, otras derivaciones del Contrato de Fideicomiso en el supuesto de estos casos especiales.

La postura que adoptamos según nuestro criterio, nos permite afirmar que la exclusión de activos del patrimonio falencial implicará necesariamente la exclusión de los pasivos garantizados con estos mismos activos excluidos. Lo que equivale a no poder insinuar, en el trámite de la quiebra residual el reclamo de los mismos, por lo que su satisfacción será tarea a cargo y bajo exclusiva responsabilidad del Fideicomiso formado con bienes de la ex entidad.

I. INTRODUCCION. ALGUNOS CONCEPTOS AJENOS A LA ORBITA FALENCIAL.

Antes de comenzar el análisis de la propuesta de este trabajo, corresponde abordar algunos mínimos conceptos a modo de introducción, siendo que el presente se refiere a procesos judiciales muy específicos, que no se dan comúnmente, pues es necesario contar con la quiebra de una entidad bancaria o entidad financiera.

Esto nos lleva inexorablemente a analizar la cuestión bajo la órbita de dos leyes y sistemas que tienen igual rango y validez, y que a nivel normativo se superponen y merecen aplicación simultánea en este tipo de procesos. Ellas son la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 (en adelante “**LCQ**”) y la Ley de Entidades Financieras N° 21.526 (en adelante “**LEF**”). Se suma a este panorama la regulación específica que emana de la Ley N° 24.411, en la parte pertinente que trata los “**fideicomisos**” (en adelante “**LF**”).

Cabe tener presente además, el rol de las siguientes figuras, a saber:

(i) La “**quiebra residual**”, por así llamarla, será la ex entidad financiera o bancaria, ahora en estado de quiebra, cuyo trámite falencial se encuentra regido por ambas leyes y por ante el Juez del Fuero Comercial bajo la actuación de una Sindicatura designada en los términos de la LCQ. El representante de la quiebra residual será la “**sindicatura**” (o el síndico).

(ii) El **"fideicomiso"**, es a nuestro modo de ver, el nuevo patrimonio separado del anterior, con activos y pasivos excluidos, formado bajo la intervención anterior de los funcionarios de la ex entidad (bajo la supervisión y contralor del BCRA).

Aun cuando se hable del fideicomiso o nuevo patrimonio separado del patrimonio de la fallida, es de figurar que éste se instrumenta mediante un contrato de fideicomiso, celebrado entre la (ex) entidad financiera o bancaria antes del decreto de su quiebra, y una entidad ajena a ésta (generalmente otro banco), en virtud del cual el BCRA autoriza para proceder a la transferencia de activos y pasivos excluidos (en los términos de la LEF).

Según la Ley N° 24.411 (la **"LF"**), habrá **"fideicomiso"** cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

Este nuevo patrimonio es separado e independiente del patrimonio de la ex entidad y también, es separado e independiente del patrimonio del fiduciario que vaya a administrarlo en el futuro.

(iii) El **"fiduciante"** en este caso, será la entidad (financiera o bancaria) en crisis, que luego deviene en liquidación y/o posterior quiebra.

(iv) El **"fiduciario"** será el representante del fideicomiso. Por la magnitud y la complejidad de las operaciones y bienes a ser transmitidos en propiedad fiduciaria, así como por la intervención del BCRA en estos casos, generalmente resultan designados en el rol de fiduciarios otras entidades bancarias y/o financieras, con respaldo y antecedentes en el mercado para llevar a cabo estas tareas de administración, liquidación y distribución de lo percibido.

Por su parte, el BCRA participa en este proceso no sólo como Ente Rector (bajo su poder de policía y demás facultades de contralor y de saneamiento que se aplican a todas las instituciones financieras del sector), sino que designa **"interventores"** en su representación, que son asignados al caso específico de determinada entidad. Esta designación, se realiza aún antes del decreto de quiebra, y en dicho caso actúan o bien bajo la figura del veedor, o bajo alguna otra de mayor injerencia. En caso de quiebra, continúan en sus funciones.

(v) El **"contrato de fideicomiso"** será el contrato que da origen al nuevo patrimonio fiduciario. El fideicomiso financiero, es entonces, aquél contrato de fideicomiso sujeto a las reglas del fideicomiso de la Ley N° 24.411, 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.

(vi) La **transferencia "en" fideicomiso**. A los efectos de su definición, podemos citar el art. 14 de la Ley 24.411 que dispone que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario (administrador del fideicomiso) y

del fiduciante (banco o entidad ahora fallida). Se trata por ello, de la adquisición por parte del fideicomiso de la **“propiedad fiduciaria”** de los bienes mediante su transferencia fiduciaria.

Esta es una breve aproximación de los conceptos, definiciones e instituciones que se deben tener presente antes de entrar en el tema específico que nos ocupa, para lo cual cabe considerar que, en mayor extensión que el objetivo de este trabajo, el lector deberá remitirse a otros antecedentes que analizan las diversas instituciones y regulaciones del fideicomiso, ya sea la Ley 24.411, la Ley de Entidades Financieras, la doctrina vigente, sin dejar de lado el análisis del proceso previo a la revocación de la autorización para funcionar de una entidad financiera o bancaria dictada por parte del BCRA dentro de sus atribuciones, su liquidación y su posterior quiebra.

II. EL PASIVO PRIVILEGIADO EXCLUIDO Y SU RELACION CON LA QUIEBRA RESIDUAL ¿SE PUEDEN VERIFICAR ESTOS CREDITOS EN LA QUIEBRA RESIDUAL, SI LOS MISMOS FUERON EXCLUIDOS AL FIDEICOMISO?

El **“activo excluido”** será tratado de ahora en más como el activo conformado con bienes integrantes o provenientes del activo de la ex entidad financiera o bancaria, que es posteriormente incorporado en el contrato de fideicomiso, como bienes pertenecientes a la ex entidad que serán transferidos en propiedad fiduciaria al nuevo patrimonio (fideicomiso). Decimos incorporados, puesto que la transferencia instrumental o registral, puede resultar demorada por trámites legales inherentes a toda transferencia (levantamiento de embargos, levantamiento de inhibiciones, celebración por escritura pública, etc.), sin que ello obste conceptualmente a su exclusión.

El **“pasivo excluido”**, en forma recíproca, será tratado de ahora en más como el conjunto de los pasivos o las deudas de la ex entidad financiera o bancaria, que es incluido en el contrato de fideicomiso, como pasivos originados por la ex entidad que resultarán transferidos o resultarán exigibles, como obligaciones, cargas o pasivos del nuevo patrimonio separado (fideicomiso). Este pasivo, que proviene de la ex entidad, si bien se encuentra a cargo del fideicomiso, tiene distinto origen al nuevo pasivo que se genere por la actuación del fiduciario en representación del fideicomiso una vez conformado el mismo.

Frente al tema que nos ocupa, partimos de la base que el fideicomiso y el ente en quiebra, en tanto dos patrimonios diferentes y separados, no son deudores de un mismo acreedor.

De tal forma, cabe determinar a quién debe reclamar el acreedor (pasivo excluido) el pago del crédito que tenga un privilegio especial sobre un bien excluido: **¿será al fideicomiso exclusivamente?**, o por el contrario, **al fideicomiso y a la quiebra residual?**

Resolver este interrogante resulta importante si se tiene en cuenta una primera consecuencia, que es la elección de la vía procesal o la estrategia a seguir:

Efectuar el reclamo al **“fideicomiso”** (mejor dicho al fiduciario que administra, representa y defiende al fideicomiso), implicará una primer gestión extrajudicial, ajena al trámite de la quiebra, ajena a las disposiciones de la ley concursal y sujeta a la normativa del derecho común, y así como a las disposiciones particulares del contrato de fideicomiso.

En cambio, si se pretendiera efectuar el mismo reclamo a la **“quiebra residual”** (que como veremos, según nuestra postura es inadmisibles), ello resultará en un camino totalmente opuesto al anterior, pues se debe intervenir por ante la Justicia Comercial, ante el Juez a cargo de la quiebra y sujeto al procedimiento establecido en la Ley 24.522 con la necesaria intervención procesal de la sindicatura.

Ahora bien, puede darse el caso que un acreedor excluido, o un acreedor privilegiado (cuyo asiento del privilegio es un activo excluido según autorización del BCRA en los términos de la LEF), se considere no sólo con derecho a efectuar su reclamo al **“fideicomiso”**, sino que también se considere con derecho a insinuarse en la **“quiebra residual”**.

Nuestro criterio es que en este caso, la sindicatura deberá repeler esta insinuación, ya que naturalmente el activo excluido (a favor del fideicomiso, que antes era de la entidad ahora residual), debe de responder por las deudas que son también excluidas (pasivos privilegiados) como correlación de la exclusión de los activos del patrimonio (residual).

En consecuencia, consideramos que el titular de un pasivo excluido, no podrá requerir su verificación en el trámite falencial, por cuanto ello implicaría:

(i) Duplicar las vías de reclamos y de recupero de su crédito; e

(ii) Incrementar el pasivo de la quiebra residual, provocando una mayor cantidad de acreedores e importes a ser comprendidos en las distribuciones de fondos, en razón de deudas que provienen de los activos que ya no pertenecen al patrimonio residual, y de las que naturalmente la quiebra residual no debería de responder al autorizarse (y ordenarse) su transferencia a un nuevo patrimonio separado de éste.

Para seguir esta línea de pensamiento, volvemos al hecho de considerar a la quiebra residual, como un patrimonio diferente al patrimonio formado con bienes excluidos a favor del fideicomiso.

Antes, todos los bienes estaban en una única cabeza (del banco o entidad financiera ahora en quiebra). Ahora, el acreedor deberá conocer quien es el titular del bien o activo sobre el cual recae su crédito o privilegio, para decidir adonde dirigir su reclamo.

En efecto, se puede dar el caso de que un inmueble haya sido excluido, por lo tanto, ya no pertenece al patrimonio residual. Y puede darse la situación de que por determinado motivo, el perfeccionamiento de la exclusión se encuentre a medio camino, es decir en trámite de inscripción registral, de modo que el bien en cuestión

siga inscripto (en los registros) como de propiedad de la ex entidad (en quiebra) y aún cuando su exclusión y su consecuente transferencia hubiera sido ya autorizada por el BCRA.

En este caso, no preguntamos ¿quién debe afrontar los gastos de expensas, los gastos de conservación y los demás gastos inherentes a este inmueble que ahora es de propiedad del fideicomiso? Y la respuesta surge de manera natural: su nuevo titular.

En consecuencia, si el nuevo titular se hace cargo de las nuevas expensas y gastos de mantenimiento, también debería de hacerse cargo de las viejas expensas devengadas y adeudadas antes de la quiebra, en tanto son cargas específicas y relativas a este particular bien que “salió” del patrimonio de la entidad en quiebra. Ello, salvo que expresamente en el contrato de fideicomiso se hubiera pactado lo contrario (lo que a su vez, según el caso, la sindicatura podría impugnar o en su defecto, verificar como deuda con carácter quirografario), lo que asimismo observamos, podría resultar inoponible al acreedor titular del crédito con privilegio especial sobre el bien en cuestión.

Consideramos por su parte, que los pasivos comunes o quirografarios, devengados hasta la fecha del dictado de la resolución del BCRA que autoriza la exclusión de los activos y pasivos, y que no tengan privilegio alguno sobre los primeros -y en la medida que no sean gastos de conservación de los mismos-, deberían de ser verificados en el trámite de la quiebra residual.

Por ejemplo, la quiebra residual debería de hacerse cargo (admitiéndolo en su pasivo) del embargo trabado sobre un inmueble de la entidad (sea con origen en un crédito por honorarios, por una sentencia incumplida y firme, por una ejecución contra la entidad, etc.), ya que dicho pasivo estaría en la órbita de la quiebra residual, siendo que la LEF dispone que los bienes sujetos a embargo judicial podrán excluirse sin limitación de ninguna especie.

En tal sentido y en forma análoga, cabe tener presente lo resuelto por la Sala “E” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en su fallo del 29/12/04, dictado en los autos “**Omnitek S.A. s/Quiebra s/Incidente de Escritura**”¹, en tanto dispuso que si la condena a escriturar ha devenido fácticamente impracticable por haberse adjudicado un inmueble al Fideicomiso de Recuperación Crediticia (en este caso en particular, conforme a lo dispuesto en la carta orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires), y ello aún cuando el acreedor hubiera abonado íntegramente el precio, corresponde verificar en la quiebra del deudor dicho importe con carácter quirografario.

Igual criterio, podría adoptarse de tratarse de una condena a escriturar un inmueble de una entidad bancaria que es decretada en quiebra, cuando dicho inmueble es cedido en fideicomiso a una nueva entidad fiduciaria².

¹ LexisNexis 1/70016809.

² Con relación al fallo citado en este trabajo, “**Omnitek S.A. s/Quiebras/ Incidente de Escritura**”, no asimilamos dicha situación a la del caso específico de una condena a escriturar a favor de un acreedor (por una obligación de hacer) frente a un trámite concursal donde la propuesta de acuerdo

A todo lo expuesto, se suma que el art. 15 de la Ley N° 24.411 dispone que “**los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario**” y que “**tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante**, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”.

En consecuencia, las deudas comunes o quirografarias de la ex entidad no pueden ser ejecutadas sobre bienes dados en propiedad fiduciaria, una vez declarada la quiebra de la primera, y aún cuando y a pedido de parte se hubieren trabado medidas cautelares o embargos sobre los mismos.

A primera vista, y en el ejemplo antes detallado, parece claro que las expensas son cargas que debe asumir el fiduciario. Sin embargo, y ante un caso de esta naturaleza –de tener que iniciarse cobro judicial de las mismas–, el administrador del consorcio deberá de pedir la intervención y citación de todas las partes en el proceso (más allá de las explicaciones y/o defensas que oponga cada una), atento que en el ejemplo dado anteriormente, el bien se encuentra en cabeza registral de la quiebra, pero en términos económicos y según las resoluciones del BCRA, se encontraría ya excluido y bajo la administración del fiduciario.

Al ser el actor ajeno a todos estos antecedentes respecto de quien es el legitimado pasivo, deberá en el juicio de ejecución de expensas, de citar a todas las partes al juicio (ellos son el titular anterior, el nuevo titular, etc.), dado que no estaría en condiciones de conocer en detalle la nueva situación jurídica (compleja) y registral del bien que está en tránsito hacia el fideicomiso.

En igual medida entendemos que cuando se trate de activos excluidos de la ex entidad, y que a su vez fueron gravados –con anterioridad a dicha exclusión– por el otorgamiento de garantías reales a favor de acreedores de la ex entidad, sean éstas prendarias o hipotecarias, las mismas serán cargas o pasivos que deberá de asumir el fiduciario con fondos del fideicomiso.

Usualmente, cuando el BCRA autoriza exclusiones de activos de una entidad objeto de reestructuración a favor de un fideicomiso, el contrato generalmente prevé la transferencia de los activos más preciados, como ser los inmuebles, las instalaciones de los mismos (obras de arte incluidas), las carteras de créditos a cobrar con mayores y mejores garantías y/o con mayores posibilidades de recupero.

Ejemplo de ello es cuando un crédito es excluido (activo) –por ejemplo: un préstamo efectuado por la ex entidad a un tercero (cliente) con **garantía hipotecaria** otorgada sobre una propiedad del cliente del banco y a la vez su deudor – y transferido a favor del fideicomiso, éste tendrá altas chances de recuperar este crédito y sus accesorios (caso contrario, tiene la posibilidad de ejecutar la garantía otorgada). Lo

preventivo del deudor, aprobada judicialmente, clasifique o categorice a estos acreedores y les efectúe una propuesta de acuerdo que prevea la forma de cancelar estas obligaciones de hacer –como podría ser el caso del concursamiento de una empresa constructora–.

mismo sucede en el caso de créditos con garantías prendarias -por ejemplo sobre rodados de particulares, sobre camiones etc.-, en que estos contratos de prestamos serán excluidos por la alta chance de recupero y el fideicomiso administrará o perseguirá su cobro (lo que no siempre implica iniciar juicio al deudor prendario, pues resulta factible seguir con la administración y cobro de este contrato por parte del fideicomiso).

En resumen:

(i) Se puede dar el caso del acreedor de la ex entidad bancaria, que tiene garantía hipotecaria sobre inmuebles de la entidad para garantizar su acreencia, y que dichos inmuebles sean excluidos a favor del fideicomiso,

(ii) O por igual, se puede dar el caso del acreedor de la ex entidad bancaria, que tiene garantía prendaria sobre una cartera de créditos a cobrar de la ex entidad, y que estos créditos sean excluidos a favor del fideicomiso (a pesar de la garantía que la fallida en su momento confirió sobre estos créditos a este acreedor).

En ambos casos entendemos que el acreedor que tiene una garantía con privilegio especial (prendario o hipotecario), con asiento de su privilegio en bienes de la ex entidad fallida que han sido excluidos y transferidos al fideicomiso, sólo tiene habilitada la vía para reclamar y perseguir el cobro de su crédito, contra éste último y no contra la quiebra residual.

Es más, consideramos que el fideicomiso es quien debe velar por el cobro de estos créditos transferidos (en el ejemplo anterior de las prendas) para luego desinteresarse al acreedor prendario, o bien proceder a la venta del activo en el caso del inmueble, y con los fondos obtenidos satisfacer al acreedor privilegiado.

Será otro tema (ajeno al presente trabajo) determinar el grado de prelación existente entre la comisión del fiduciario, los gastos de conservación, custodia y venta de estos activos, y el crédito con garantía especial -hipotecaria y prendaria- y sus accesorios.

Ahora bien, consideramos que efectuada la venta, disposición, enajenación o ejecución del activo en cuestión (por parte del fideicomiso), si los fondos obtenidos no son suficientes para afrontar la cancelación íntegra del crédito (con sus accesorios) del acreedor privilegiado, éste ya no podrá concurrir a la quiebra a reclamar un saldo insoluto por agotamiento de su garantía, pretendiendo ser incorporado en el pasivo de la misma.

Ello, en tanto el acreedor que optó por esta vía (ir contra el fideicomiso), aceptó expresa o tácitamente la nueva situación jurídica de su crédito y la de su nuevo deudor: aceptó la quiebra de su antiguo deudor, aceptó el proceso de la exclusión y selección del activo (de su garantía), aceptó la transferencia de la titularidad e inscripciones pertinentes, y aceptó la actuación del fiduciario. De tal forma, luego de todo ello, resultaría impensable que intente obtener una diferencia impaga de parte del antiguo deudor, siendo que aceptó integrar como pasivo, un nuevo patrimonio separado del

antiguo patrimonio de origen, por lo que entendemos que no podría “volver” al mismo o reclamar de éste reparaciones de ninguna índole.

La situación antes descrita, ello es la posibilidad de que el acreedor del fideicomiso intente obtener de la quiebra la reparación integral por la diferencia no saldada de su crédito, es necesario aclarar, resultará poco común, dado que no resulta lógico que un acreedor que pudo escapar de los sacrificios procesales que exige una quiebra para el recupero, desee voluntariamente volver a litigar en ella, con la eventual oposición de la Sindicatura, una eventual derrota o rechazo de sus pretensiones y la imposición de costas que podrían devengarse por su actuación. De darse esta hipotética situación, sin embargo, postulamos negar la posibilidad de verificar el crédito (pasivo) excluido al fideicomiso en el ámbito de la quiebra residual.

De tal forma, reiteramos nuestra posición de que no sería factible una doble persecución del crédito originario, en un patrimonio que ahora está desmembrado en dos o más partes (nótese también que pueden coexistir diversos fideicomisos originados a partir de un mismo proceso, pues es factible que se estructure un fideicomiso delegado o un fideicomiso en particular, con una parte o toda la cartera de créditos a cobrar, y que sea ajeno al fideicomiso convenido con la mayor parte de los bienes de la entidad fallida, en cuyos casos, habrás estructuras, normas y funciones diferentes en uno y otro caso).

Sin embargo, para el caso que el acreedor en cuestión, igualmente decidiese hacer el planteo objeto de análisis, debe tenerse en cuenta que:

(i) Serán varias las “partes” procesales involucradas en este incidente (el acreedor privilegiado, la sindicatura, el fideicomiso, la fallida con intervención residual, la intervención judicial del BCRA, etc.).

(ii) Los interventores del BCRA son generalmente designados por éste en la etapa de reestructuración de la entidad (o en la etapa en que el BCRA toma medidas en relación a la entidad) con asignaciones específicas, como ser la valuación de activos y de pasivos, el control de la selección de los mismos, o la instrumentación de las transferencias de los mismos y la firma de los documentos pertinentes (escrituras, endosos, etc.).

Pero una vez decretada la quiebra, no cesan en sus funciones y tendrán según el caso, que seguir con su función residual para la transferencia a favor del fideicomiso de los bienes excluidos que no llegaron a ser inscriptos o perfeccionada su transferencia (consideramos que la función inversa, es decir, la de representar a la quiebra en relación a los activos de su patrimonio residual es ya específica de la sindicatura, la que desplaza en dicha competencia a los interventores, a partir del decreto de quiebra).

(iii) Existirá diversa normativa que se aplicará en un caso como éste de manera simultánea: la LCQ, la LEF, la LF, las resoluciones del BCRA dictadas en el caso en concreto, las previsiones propias del contrato de fideicomiso (que si bien como todo contrato debería ser ley para las partes, en un caso como este, pueden existir problemas de interpretación o de aplicación, en tanto las partes que originariamente

los redactaron no serán las mismas partes que estarán presentes en su efectiva ejecución).

(iv) La sindicatura (o el síndico) en su carácter de representante legal de la quiebra, podrá oponerse a una pretensión verficatoria como la que se analiza en este trabajo. Entre los argumentos que podrá esbozar, se encuentra aquél que resulta base del presente trabajo, y que implica que el activo sobre el cual se pretende el privilegio, no es un activo de la quiebra residual, por lo que debería de recomendar la no inclusión del crédito insinuado en el pasivo del proceso de la quiebra residual.

Conforme lo expuesto, el fundamento de nuestra posición, reside en que los activos sobre los que se pretenderá verificar la garantía y el privilegio, no integran el patrimonio de la quiebra residual, por lo que mal puede declararse verificado un crédito privilegiado sobre un activo que no pertenece a la quiebra, sino a otro ente.

De lo contrario, y en caso de pretender el acreedor “ejecutar” su privilegio, se vería imposibilitado de iniciar dicha acción judicial en el marco de la quiebra, por no poder contar con los bienes objeto de garantía (asiento de su privilegio), lo que demuestra que no es posible hacer lugar a una pretensión verficatoria de tales características sin poder desapoderar los bienes en el marco de la LCQ.

Sin embargo, y de encontrarnos frente a esta hipotética situación, habría que analizar que regulación prevén las disposiciones o resoluciones del BCRA en el caso en concreto y que es lo que se estipuló en el contrato de fideicomiso.

En general, cabe agregar, estas cláusulas prevén que serán por cuenta del fideicomiso todos los gastos, impuestos, accesorios, etc., conducentes a cumplir los objetivos de su estructuración, o que pesen sobre sus activos (o bienes recibidos en pago por el fideicomiso, como así todos los gastos de conservación y/o mantenimiento que sean necesarios para preservar su valor, etc.). Y en tal sentido, será lógico que el contrato de fideicomiso prevea que éste se hace cargo de cualquier tributo, impuesto, tasa o derecho que lo grave, a sus activos, a la venta de los mismos, o a la distribución del producido de sus bienes (caso contrario, no podría operar en la práctica).

Habría por último que investigar asimismo si existió alguna manifestación de voluntad del acreedor, expresada al momento de consentir su inclusión en el fideicomiso, o si por el contrario aceptó tácitamente su incorporación al mismo sin firmar documentación o si existe una aceptación efectiva en tal sentido, todo lo cual permitirá evaluar los términos de su incorporación al mismo.

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta los antecedentes citados, reiteramos nuestra conclusión de que no corresponde incluir un crédito de esta naturaleza en el pasivo del proceso de la quiebra residual, al tratarse de un crédito garantizado con activos excluidos, siendo que dicha garantía es en consecuencia una carga y/o un accesorio de un bien que no integra el activo de la quiebra residual. Por ende, no correspondería incluir al crédito en el trámite de la quiebra residual (salvo claro está, que el activo asiento del privilegio sea parte del patrimonio de la quiebra al no haber sido excluido de éste en los términos de la LEF).

De no compartir esta postura, cabría preguntarnos entonces, si podría el fideicomiso vender los inmuebles donde funcionaba la entidad ahora en quiebra (activos excluidos) sin cancelar las hipotecas que lo gravan, o dejando impagos los impuestos adeudados por las propiedades, o dejando impagos los demás gastos de la escrituración, los gastos de la transferencia, de conservación, etc.; y a la inversa, deberíamos cuestionarnos si podrían venderse en el trámite de la quiebra residual, bienes que no son de la misma y de los cuales no se tiene el título para hacer frente a sus pasivos privilegiados.

Consideramos que no habría legitimación activa para reclamar este crédito en la quiebra residual, ni legitimación pasiva de la quiebra residual para aceptar y hacer frente al mismo (puesto que se trata de un crédito privilegiado sobre bienes inexistentes dentro de su activo).

En los autos "**Banco Medefin UNB S.A. s/Quiebra s/Incidente de Revisión por Socimer International Bank Limited –en liquidación- (Expte. N° 12.090/05)**", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala "C"), resolvió en fecha 20/12/05 que:

"II. Expresa el recurrente que le agravia lo decidido por la a quo, en razón de que existe error en la interpretación y alcances del proceso falencial, dado que la circunstancia de que hayan sido transmitidos en Fideicomiso al Banco República, los créditos dados en garantía por la obligación asumida por el Banco Medefin, no significa que no deba verificar su crédito.

III. Tal como lo señala la Sra. Fiscal General en su dictamen, la cuestión por dilucidar en autos, es si el préstamo otorgado por Socimer International Bank Ltd. al Banco Medefin UNB (fallida), es un **pasivo excluido de la quiebra y si la exclusión de los activos que garantizaban el préstamo en cuestión, importan la exclusión del pasivo referido.**

No se encuentra discutido que, los documentos que se emitieran a favor del Banco Medefin UNB, que fueron cedidos en garantía al fideicomiso original (31 de Julio de 1996- fs. 153/167-), han sido entregados "**en fideicomiso**" por el Banco Central de la República Argentina al Banco Finansur S.A. y delegados por éste al Banco República, el cual **asumió la custodia, fiducia y administración de los créditos cedidos** (anexo 9, fs. 168/178).

Es nuestra postura entonces, que la exclusión de los activos del patrimonio falencial, implicará necesariamente la exclusión de los pasivos garantizados con estos mismos activos excluidos. Lo que equivale a no poder insinuarse en el trámite de la quiebra residual el reclamo de los mismos, por lo que su satisfacción será tarea a cargo y bajo exclusiva responsabilidad del fideicomiso formado con bienes de la ex entidad.

Eventualmente, el contrato de fideicomiso o la resolución que dicta el BCRA autorizando la exclusión, debería prever los efectos que tendrá la exclusión de pasivos privilegiados en relación al fideicomiso y a la quiebra residual, y si esta última

igualmente responde por dichos pasivos a pesar de no contar con el bien. En relación a esto último, cabe señalar analógicamente el siguiente fallo:

“Si en el contrato de fideicomiso celebrado antes de la liquidación judicial del banco fiduciante se **previó** que determinados créditos laborales serían pagados por el fideicomiso en caso de que el fiduciante no tuviera fondos, es competencia del juez de la quiebra **decidir si los mismos integran o no el pasivo concursal** - del dictamen del fiscal general que la Cámara hace suyo-. (CNCom., Sala “C”, 06/08002, Banco Mayo Coop. Ltda. s/Quiebra)”

III. UNA POSTURA CONTRARIA.

Una postura contraria podría llegar a una conclusión diferente, de postular que estos pasivos deben ser verificados en el ámbito de la quiebra residual en tanto es la misma la que conserva la calidad de “deudor”, y que la LEF autoriza sin límites y restricciones (más allá del criterio y discreción del BCRA) a excluir activos, pero que en cuanto a los pasivos, la LEF limita la calidad de los mismos, siendo únicamente susceptibles de exclusión los que son determinadas deudas con el propio BCRA, los depositantes, las acreencias laborales y los créditos con garantías prendarias e hipotecarias.

Aclaremos que no compartimos esta postura por los argumentos ya dados anteriormente. Y ello por cuanto, de aceptarse la misma, importaría aplicar un criterio más restrictivo, que no permitiría excluir otros pasivos más allá de los expuestos “supra”, amén de ser los mismos privilegiados en los términos de la LCQ.

Según nuestra posición, deben armonizarse todas las normas aplicables, sea la LEF, la LCQ, la LF, el contrato de fideicomiso (cuyas cláusulas son ley para las partes) y las resoluciones del BCRA que tiene bajo su órbita el contralor de la entidad (que dicta normas de aplicación para estas entidades, autorizando o no exclusiones de activos y pasivos a través de sus resoluciones).

Las normas en cuestión deben armonizarse, para evitar decidir cual de ellas prima por encima de la otra. La LEF le da un nuevo marco a los privilegios (por ejemplo, regula el “**privilegio absoluto**” del BCRA que la LCQ no menciona ni prevé), le da mayor seguridad de cobro y velocidad para ello a los acreedores laborales en este tipo de procesos -los trabajadores quedan generalmente en la sucursal del banco que fue absorbida o tomada por otro banco o beneficiario, caso contrario, se lo indemniza a la brevedad con fondos del fideicomiso- y les otorga asimismo una mayor amplitud en el asiento de su privilegio, el que recae en todos los fondos y activos excluidos, al no limitar el asiento del privilegio en forma que lo hace la LCQ (que les asigna doble privilegio, especial y general, pero supeditado a la existencia de un asiento de privilegio determinado, sean los establecimientos del deudor donde se desempeñaban los trabajadores, las mercaderías, las maquinarias, etc.).

Comprende la LEF a los acreedores prendarios e hipotecarios (también a los depositantes y al BCRA), pero no incorpora a otros créditos con privilegios especiales, como ser las deudas por expensas, sobre activos de la entidad sobre los cuales se

constituyeron warrants en garantías de terceros, ni comprende tampoco el privilegio del crédito del constructor.

La LEF tampoco se expide acerca de la hipoteca naval o aeronáutica, y sin embargo no es poco probable que una entidad financiera o bancaria tenga bienes de esta naturaleza en su patrimonio, sean producto de su adquisición o por haber sido recibidos en pago por algún deudor.

Una postura contraria a la que propiciamos, invocará que existe una amplia facultad de la LEF en excluir sin límite activos del patrimonio fallido, pero una restricción en la elección y exclusión de pasivos.

Ahora bien, la lógica nos indica que armonizando todas las normas que están en juego de manera simultánea, cabe concluir que es el fiduciario quien debe hacerse cargo de los pasivos que le son naturales a los bienes integrantes del fideicomiso (expensas, impuestos, gastos de conservación, mantenimiento, etc.).

Un crédito por expensas anteriores a la quiebra por ejemplo, debería ser asumido por el fideicomiso, pues se trata de un crédito con privilegio especial, a la vez que una vez transferido el bien en fideicomiso, las futuras expensas deben considerarse un gasto de conservación o de mantenimiento del bien excluido.

Ello no implica que postulemos que los créditos quirografarios o exentos de privilegio, tengan que ser una carga del fideicomiso, pues está claro en la LEF que los activos se transfieren libres de medidas cautelares que pudieran pesar sobre los mismos.

La postura que propone la limitación de los pasivos que pueden ser excluidos, podría ser incompatible con el mismo texto del art. 35 bis de la LEF que en su inciso d) indica que “los acreedores de la entidad financiera enajenante de los activos excluidos no tendrán acción o derecho alguno contra los **adquirentes** de dichos activos, **salvo que tuvieren privilegios especiales que recaigan sobre bienes determinados**”, lo que puede ser invocado por ejemplo, en el caso concreto de la deuda por expensas.

Sin embargo, si el contrato de fideicomiso comprende la exclusión de algún pasivo que no sea de los taxativamente mencionados por la LEF, y ello es autorizado por el BCRA, ello podría a nuestro criterio ser procedente, pues en efecto la misma LEF la que ha previsto que se encuentran alcanzados por las previsiones del art. 35 bis en particular, “...los actos autorizados, encomendados o dispuestos por el Banco Central de la República Argentina en el marco de este artículo que importen la transferencia de activos y pasivos o la **complementen** o **resulten necesarios para concretar la reestructuración de una entidad financiera...**”.

Demás está decir, que la propia ley indica que la selección de BCRA no está sujeta a autorización judicial alguna y previa, y que dichos actos no pueden ser reputados ineficaces respecto de los acreedores de la entidad financiera que fuera propietaria de los activos excluidos, aun cuando su insolvencia fuere anterior a cualquiera de dichos actos.

Por último, una postura que promueva que los activos fueron excluidos, pero que los pasivos no son susceptibles de su correlativa exclusión, implicaría reconocer los siguientes efectos:

(i) Implicaría recomendar verificar en el ámbito de la quiebra residual, el crédito, pero con carácter común o quirografario, sin su privilegio, atento el hecho que la quiebra no es titular del bien asiento del privilegio (no existe el bien para rematar, liquidar y distribuir el producido afectándolo al privilegio).

Esto implicaría aceptar que la LEF modifica en los hechos los términos de la LCQ, pues por este efecto debería reconocerse un crédito privilegiado, en el ámbito de la quiebra, pero sólo como quirografario. Es decir, implicaría la eliminación del privilegio, pues la quiebra no lo podría reconocer como tal.

(ii) Implicaría, frente a la quiebra residual, quitar por ende al crédito del privilegio que pesa sobre el bien (salvo el caso de la prenda y la hipoteca) a pesar de que el bien asiento del privilegio sigue existiendo material y jurídicamente.

El efecto de hacer lugar a esta posición (que no postulamos), sería obtener una duplicación de reconocimientos de la deuda, pues por un lado implicaría reconocer la existencia de un crédito (pasivo excluido) con privilegio en el ámbito del fideicomiso y a la vez duplicar el reconocimiento del mismo crédito en el ámbito de la quiebra, ya sin su privilegio (por carecerse del asiento o bien sobre el cual recae y no tener bien para ejecutar).

Por su parte, no encontramos normas en la LEF, en la LCQ o en la LF que indiquen expresamente esta posibilidad de reclamar en forma duplicada.

IV. OTRAS CONSIDERACIONES PARA TENER EN CUENTA EN ESTOS PROCESOS FALENCIALES.

Relacionado a lo que venimos desarrollando, cabe puntualizar que entendemos válida y constitucional la figura del fideicomiso y la implementación del mismo. Caso contrario, no tendría sentido nuestro análisis. En su caso, será labor de los jueces y las partes, efectuar el control de sus cláusulas y el buen desempeño de quien actúe como el administrador del mismo, es decir, del fiduciario elegido (máxime, si se tiene en cuenta que esta figura la elige el banco en crisis, con la autorización del BCRA).

La figura del fideicomiso en sí y la reestructuración del art. 35 bis LEF, resultarán válidos como métodos legalmente previstos para intentar solucionar las crisis de modo de coadyuvar a la reestructuración de una entidad bancaria, visto ello desde la óptica del ente rector, que debe buscar una solución con el menor daño posible para mantener la confianza en el sistema financiero en épocas de corridas bancarias, o por la crisis de una entidad en particular, de forma de intentar mantener el normal funcionamiento del sistema financiero y bancario por su importancia en la economía.

En su "Tratado de Fideicomiso" (Ed. Depalma, pág. 457), los Dres Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski explican bien esta situación, cuando describen que:

"...por lo general el proceso que conlleva la aplicación del art. 35 bis se desarrolla en un contexto conflictivo, de marcado nerviosismo (particularmente de los ahorristas de la entidad y de sus empleados)..."

"...la rapidez de la resolución de la crisis y la respuesta en hechos concretos es fundamental para tranquilizar a los ahorristas."

"...es obvio que en un banco por su complejidad e inevitable sofisticación, no es una empresa como cualquier otra, descontando que su gravitación en el sistema económico es trascendente."

"...los activos excluidos, fundamentalmente los créditos de la entidad afectada, requieran continuidad de administración. Por otra parte, los deudores sufren un cambio de acreedor y con ello se produce una diversidad de reacciones, tales como la desorientación, desinformación o el ánimo de no respetar los compromisos adquiridos con una entidad que ya no les prestará servicios ni créditos..."

El juez de la quiebra cuenta con todas las facultades del resto del ordenamiento, si es que se detectan y denuncian actos fraudulentos, anomalías, o demás hechos que merezcan su intervención, y podrá dictar medidas cautelares o intervenir en la tramitación de incidencias de diversa índole y podrá aplicar con todo su rigor, la ley 24.522.

El hecho de que exista una exclusión de activos y pasivos dispuesta o en marcha, o la reestructuración de una entidad, o bien la intervención del BCRA en la misma, no quita la aplicación del resto de la normativa de derecho. Por ejemplo, un acreedor singular, un beneficiario o un acreedor del fideicomiso, le podría requerir a un juez que embargue su crédito a cobrar en el fideicomiso, o bien solicitar a Juez de la quiebra para que pida rendiciones de cuentas³ de su actuación al fiduciario, o bien que se reputen e investiguen eventuales ineficacias en los términos de la LCQ de actos celebrados por la fallida durante el periodo de sospecha -celebrados entre privados que nada tengan que ver con la prohibición de atacar o de reputar de ineficaces los actos autorizados por el Banco Central-

Todas estas actuaciones, reiteramos, son perfectamente válidas a pesar de encontrarnos frente a la quiebra de una entidad financiera o bancaria, con aplicación de las leyes antes mencionadas (LCQ, LEF, LF, etc.).

Entendemos que el juez de la quiebra por su parte será competente para entender en todos los aspectos vinculados con la aplicación, interpretación y ejecución

³En el proceso que tramita bajo los autos "**Banco Medefin UNB S.A. s/Quiebra s/Incidente de Sustitución del Administrador del Fideicomiso**", la Excm. Cámara Comercial (Sala "C"), en fecha 17/02/06 confirmó la resolución de la Sra. Juez de Primera Instancia en tanto ordena al fiduciario rendir cuentas de su actuación en los términos dispuestos por ésta última.

del contrato de fideicomiso y que la justicia en lo contencioso administrativo no necesita actuar como fuero competente –ya que según nuestro criterio, el competente será el tribunal de la quiebra-.

Será igualmente competente el juez a cargo de la tramitación de la quiebra, para reemplazar o remover al fiduciario; pues sería ilógico pensar que el Juez de la quiebra de una entidad financiera o banco por un lado pueda resolver el levantamiento de inhibiciones o cautelares que pesan sobre bienes sujetos al proceso de exclusión, actuar en el juicio de intervención de la entidad, en su liquidación y su quiebra, expedirse sobre planteos referidos al patrimonio residual y excluido, más sin embargo, resultar incompetente para entender en la interpretación, aplicación o ejecución de las restantes cláusulas del contrato de fideicomiso (lo que equivaldría a delegar en un Juez en lo contencioso administrativo la aplicación de la LEF y la LCQ, y delegar la aplicación de tan solo una parte del contrato de fideicomiso, sin que éste conozca la evolución de los antecedentes de la quiebra y de la exclusión de activos y pasivos, para tener que expedirse sobre determinados aspectos del contrato de fideicomiso, a contrario del espíritu de la LCQ que pretende concentrar en el ámbito del juez de comercio todos los antecedentes que hacen al patrimonio falencial, al patrimonio del fideicomiso y su evolución).

En dicho sentido, nos remitimos al fallo citado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, dictado en los autos **“Banco Mayo Coop. Ltda. s/Quiebra”**, en tanto atribuye competencia al juez de la quiebra para entender en la interpretación del contrato de fideicomiso.

Entendemos por su parte, que el juez de la quiebra será competente para remover al fiduciario si ello fuera procedente, en base a los antecedentes de la causa, en tanto la existencia del fideicomiso no implica privar al juez de sus atribuciones naturales y de su imperium para hacer cumplir la ley y aplicar la misma. Por su parte, consideramos que la figura de la sindicatura debe velar por la tramitación del proceso en los términos de la ley 24.522, que es la herramienta natural a su alcance.

La Ley 24.411 prevé en su art. 9 la cesación o remoción del fiduciario, mencionando entre otros casos, que el fiduciario cesará como tal por remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante, o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante.

De existir acreedores de la quiebra residual que se sientan personalmente afectados por lo que consideran una mala política de contralor del BCRA, o un ejercicio deficiente del poder de policía de éste en sus funciones, son éstos acreedores quienes deberían de efectuar los reclamos pertinentes contra el BCRA bajo su exclusivo riesgo y costa, y bajo su gestión.

La existencia de la quiebra residual, o la figura de la sindicatura (que debe velar por el interés de la masa de acreedores en su totalidad, no sólo de un grupo disconforme o disidente), tampoco puede estar dirigida a satisfacer las exigencias o necesidades de un grupo de acreedores que en determinados casos, puedan invocar eventuales responsabilidades que son complejas de determinar y ajenas al trámite de la

quiebra, como ser la actuación que pudo desempeñar el BCRA o sus representantes (sean directores, interventores, veedores, etc.), y que resultan ajenos al fin querido por la LEF y la LCQ: la primera, dar poder y discrecionalidad al BCRA para determinar como actuar rápidamente ante una crisis (intentando que la solución genere el menor daño posible), y la segunda (LCQ), intentando una rápida enajenación de los activos residuales, para reparar a los acreedores por medio de una oportuna distribución de fondos.

Igual criterio velamos, en lo que hace a la promoción de querellas penales, en tanto entendemos que se trata de actuaciones que por los mismos fundamentos que los recién dados, corresponde sean impulsadas por los particulares que se sientan damnificados, o en su caso, de tratarse de delitos de acción pública, deben éstos ser promovidos de oficio por el aparato penalmente diseñado para ello (fiscales, jueces penales, investigación de oficio de delitos económicos, etc).

En estos casos, la sindicatura podrá servir de nexo informativo para orientar al juez penal sobre detalles económicos que surgen del expediente de quiebra, sobre el estado de la liquidación de los bienes, acerca de la estimación de los activos para realizar y el estado de los pasivos, etc., siendo un funcionario al que se podrá citar como testigo para que aporte los datos y estimaciones que considere apropiados.

Pero su rol, entendemos, no debe ser del funcionario "todopoderoso" que debe al mismo tiempo liquidar los bienes de la entidad, promover acciones de recomposición patrimonial, atender los pasivos y defensa de la quiebra, responder oficios, etc., y tramitar la quiebra de la ex entidad, para sumar a ello funciones que vemos claramente, están al alcance privado de los acreedores que se sientan damnificados para tramitar sus reclamos en el fuero pertinente, sea contra el BCRA, sea por acciones penales de las que se sientan legitimados, ya que tienen las mismas acciones que están a su alcance, como si no se tratase de una quiebra.

V. CONCLUSIONES.

La exclusión de activo del patrimonio falencial, implicará necesariamente la exclusión de los pasivos garantizados por éstos y de las cargas que deben ser solventadas para mantener estos activos excluidos.

De tal forma, no corresponde la verificación en el trámite de la quiebra residual de estos pasivos excluidos, según nuestro criterio. Su satisfacción será tarea a cargo y bajo exclusiva responsabilidad del fideicomiso⁴ formado con bienes de la ex entidad, y

⁴Al elaborar el presente trabajo, nos surgió el interrogante de si el fideicomiso puede o no ser declarado en quiebra. Más allá de que dicho interrogatorio resulta ajeno a la propuesta de análisis desarrollada, llegamos a la conclusión personal que se expresa en esta nota.

El art. 16 de Ley N° 24.411 dispone que "los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero

no es necesario que el Juez de la quiebra autorice previamente este pago, ni es necesario que se verifiquen en el ámbito de la quiebra estos créditos para que operen o resulten exigibles ante el fiduciario.

regirán en lo pertinente las normas del art. 24". Igualmente, cabría preguntarse si ante la liquidación de un fideicomiso y si éste se encuentra en cesación de pagos, es factible pedir y decretarle su quiebra, sea por pedido de acreedores que así lo realicen o por el propio liquidador. Ello, dado que existen trámites de liquidación que estando en estado de cesación de pagos, han sido decretadas en quiebra. El art. 23 de la Ley N° 24.411 prevé que "en el fideicomiso financiero del cap. IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio". De tal forma, estimamos que esta Asamblea puede determinar la petición de la propia quiebra del Fideicomiso y ello en tanto el art. 24 dispone que las normas a que se refiere el artículo precedente podrán prever "...f) cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado". Entendemos en efecto, que el fideicomiso no puede ser directamente decretado en quiebra; en su caso, deberá, primero ocurrir por la vía de la liquidación, y ésta en caso de ser insuficiente o estar en cesación de pagos (pues puede tener bienes difíciles de liquidar pero no tener disponibilidades suficientes para hacer frente a sus necesidades y cargas), podrá ser entonces decretada en quiebra. Y esta quiebra del patrimonio fiduciario, no debería tener consecuencias sobre el patrimonio del fiduciante (la quiebra de la ex entidad), ni sobre el patrimonio propio del fiduciario.