

# **MEDIDAS CAUTELARES NO TIPIFICADAS EN LOS ACTUALES PROCESOS CONCURSALES: “CUOTA HILTON”, A.P.E. Y FIDEICOMISO.**

Por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

## **1.- Introducción.**

Puede afirmarse que desde el año 1991 en que, bajo la vigencia de la ley 19.551, publicamos una aproximación a la problemática y propusimos algunas interpretaciones para futuros debates<sup>1</sup>, mucha agua ha corrido bajo el puente de las “medidas cautelares concursales”.

A ello han contribuído varios factores.

En primer lugar los sucesivos cambios legislativos: la derogación de la ley 19.551 y la sanción en su reemplazo de la ley 24.522 de concursos y quiebras, la reforma introducida por la ley 25.563 en el marco de la emergencia, la “contra reforma” de la ley 25.589, y la última modificación introducida por la ley 26.086, de todo lo que resultó no sólo una diversa y particular regulación de las medidas precautorias concursales, sino también la reformulación sustantiva de un instituto: el acuerdo preventivo extrajudicial (APE), con su propia problemática cautelar.

En segundo término, la experiencia de más de tres lustros de práctica concursal y la necesidad de interpretar el posible impacto cautelar de los concursos sobre nuevos institutos jurídicos, tal como es el caso del fideicomiso.

Y, en tercer lugar, el creciente desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia, donde se destacan trabajos específicos sobre el tema y fallos trascendentes, incluso de la Corte Suprema.

Con tales presupuestos, este trabajo procurará aportar al lector una cierta actualización del tema, pero no en forma general sino limitada a algunas cuestiones en materia de cautelares “no tipificadas” que nos han parecido de mayor interés: las relativas a la “Cuota Milton”, al acuerdo preventivo extrajudicial (APE) y al contrato de fideicomiso.

<sup>1</sup> Ver nuestro trabajo “Las medidas cautelares concursales”, publicado en R.D.C.O., año 1991, pág. 117 y sgtes.

## **2.- Las medidas cautelares concursales.**

Corresponde aquí recordar algunas de las características de las medidas cautelares concursales, a saber:

En primer lugar, presentan particularidades respecto de las medidas cautelares comunes en materia de: a) su posibilidad de dictado “de oficio”; b) la ausencia de contracautela; c) la posibilidad de afectar a terceros y d) la posibilidad de perjudicar la competencia de otros jueces.

En segundo término, tienen, no obstante su aparente disparidad, una inequívoca y unitaria finalidad, directa o indirecta: la defensa de la integridad del patrimonio del deudor, sea ésta en interés del propio deudor, de los acreedores, de los trabajadores, o de la comunidad en general.

Esta defensa puede significar tanto evitar que los bienes salgan del patrimonio del deudor por acción del propio cesante o de terceros, como tratar de que mantengan su valor (v.gr. continuación de la empresa en quiebra), procurar el cobro de créditos, el reingreso de bienes indebidamente sustraídos antes de la falencia, la exigencia de las responsabilidades debidas, o bien asegurar bienes o medios de prueba.

## **3.- Medidas cautelares típicas.**

Son las expresamente previstas por la ley concursal (ley 24.522 con las modificaciones de las leyes citadas *supra*).

En el auto de apertura del concurso preventivo deben disponerse, por ley, determinadas medidas cautelares: la interdicción de salida del país del deudor y de sus administradores (art. 14 inc. 7° y art. 25); la inhibición general de bienes del deudor y socios ilimitadamente responsables (art. 14 inc. 8°), y la presentación de los libros para su intervención por el Secretario (art. 14 inc. 5°).

Por su lado, el art. 15 establece la vigilancia del síndico sobre la administración del patrimonio del deudor, lo que se complementa con los agregados de la ley 26.086 al art. 14 de una “auditoría legal y contable” (inc. 11, letra b) y de un “informe mensual sobre la evolución de la empresa” (inc. 12 del art. 14), ambos a cargo también del síndico, las que importan acrecentar la medida cautelar de “vigilancia”.

El art. 16 enuncia actos prohibidos o sujetos a autorización, y el art. 17 prevé, además de la sanción de ineficacia, la posibilidad de intervenir la administración desplazando en todo o en parte al deudor, designando un administrador judicial, un co-administrador, un veedor o un controlador.

Por su parte, el art. 20 establece concretos dispositivos cautelares como son la suspensión de las convenciones colectivas de trabajo por un máximo de tres años y la no suspensión de

los servicios públicos que se presten al deudor por deudas de fecha anterior al concursamiento.

Son también medidas cautelares las del art. 21: suspensión de juicios y su radicación en el juzgado del concurso (en rigor solo de juicios ejecutivos y de otros únicamente cuando el deudor haya optado por ello), prohibición de nuevas acciones, prohibición de medidas cautelares en los procesos no atraídos y levantamiento por el juez del concurso de las ya trabadas, y suspensión del remate y de la imposibilidad de disponer del bien en el caso de ejecuciones de garantías reales hasta el momento de la presentación a verificar.

La ley prevé también la suspensión cautelar, por no más de noventa días, de la subasta y de medidas que impidan el uso de la cosa gravada en caso de ejecuciones con garantía prendaria o hipotecaria (art. 24).

Se autorizan expresamente medidas precautorias para que pueda cobrar el acreedor sujeto a una acción de dolo (art. 38), y la posibilidad del dictado de otras tendientes a garantizar la ejecución del acuerdo homologado (art. 53).

En el pedido de quiebra por acreedor se prevé, explícitamente en protección de la integridad del patrimonio del deudor, el dictado de medidas cautelares de inhibición, intervención controlada u otra adecuada (art. 85).

Al declararse la quiebra se disponen concretas medidas de aseguramiento e incautación en el art. 88: incs. 2º (inhibición de bienes), 3 y 4 (orden de entrega de bienes, libros y documentos), 5 (prohibición de pagos), 6 (interceptación de correspondencia) y 8 (interdicción de salida del país del deudor y sus administradores), lo que se reglamenta en el art. 103.

A ellas se suman las medidas cautelares tendientes a efectivizar el desapoderamiento (art. 106 y ss), la incautación: art. 177: clausura e inventario; art. 180: ocupación de libros y documentos; art. 181: medidas urgentes de seguridad; art. 184: enajenación de bienes perecederos; y la administración de los bienes por el síndico (arts. 185, 186 y 187).

También la continuación de la empresa en quiebra (arts. 189 a 195) es en sí misma una medida cautelar, que a su vez engloba a otras cautelares, como la designación eventual de un co-administrador (art. 191 inc. 5º).

Por su lado, tanto las acciones de extensión de quiebra como de responsabilidad tienen prevista la posibilidad expresa de dictar medidas precautorias (arts. 164 y 176).

#### **4.- Medidas cautelares no tipificadas.**

Más allá de las medidas cautelares expresamente nominadas por la ley (típicas), cabe reconocer la posibilidad del dictado de medidas cautelares no expresamente contempladas por la ley (no tipificadas o atípicas) con fundamento en las facultades del juez concursal

que emanan, en el orden concursal, del art. 274 de la ley 24.522, y en el orden procesal de los ordenamientos locales (vgr. art. 232 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación).

Es que, conforme enseña calificada doctrina, el proceso concursal desde su inicio (y en algunos casos en su etapa preliminar), admite el dictado de medidas cautelares que se ordenan a la conservación del patrimonio del deudor y de la igualdad de sus acreedores<sup>2</sup>.

Sus fundamentos no son otros que las finalidades del proceso y los poderes del juez concursal<sup>3</sup>.

Por nuestra parte mantenemos nuestra postura favorable a tales medidas con la salvedad de que no pueden ser ordenadas indiscriminadamente sino valorando cada situación en particular, teniendo en mira a los derechos de terceros y a la vinculación de lo solicitado con el ordenamiento jurídico en su conjunto, con la tutela de la integridad del patrimonio del deudor, y con la buena marcha del trámite concursal hacia su finalidad específica.<sup>4</sup>

Analizaremos seguidamente tres casos específicos a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia.

## **5.- Medida de no innovar sobre la “Cuota Hilton”.**

En materia de la denominada “Cuota Hilton”, y también de la “Cuota USA”, o sea de las preferencias administrativas para exportar carnes especiales según cupos concedidos al país por mercados extranjeros, se advierte una diferencia entre los criterios de la Cámara Comercial y los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Cámara Comercial, mediante diversos y concordantes pronunciamientos, con la opinión favorable de la Fiscalía de Cámara, ha sostenido que se trata de una suerte de activo intangible que pertenece a la propiedad a la fallida y que, por ende, no puede ser privado con fundamento en la quiebra y que, además, puede ser enajenado en la liquidación concursal en provecho de los acreedores, lo que autoriza al dictado de medidas de no innovar contra las autoridades administrativas que pretendan excluir a la deudora del cupo<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Junyent Bas - Musso, “Las medidas cautelares en los procesos concursales”, Bs. As, 2005, Ed. Lexis Nexis, pág. 8; Kemelmajer de Carlucci, Aída “Cuestiones de competencia en las medidas urgentes en el concurso”, Rev. D. Priv. y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002 - 3, Concursos, T. I, pág. 7; Hequera, Elena Beatriz “Las medidas cautelares en los procesos concursales”, Errepar DSE, Nº 192, nov. 03, T. XV pág. 1141.

<sup>3</sup> Junyent Bas - Musso, op. cit., pág. 113 y siguientes; Mauri, Mónica S. “El concurso preventivo y las medidas cautelares”, en J.A., 2002-4, fasc. 11, diciembre 11 de 2002, pág. 75.

<sup>4</sup> Ver en nuestro trabajo citado en nota 1, el cap. 6, letra g, pág. 122.

<sup>5</sup> Ver los reiterados fallos y fundamentos en Vaiser, Lidia “Medidas cautelares sobre la denominada cuota Hilton en los procesos concursales” en “X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial”, Ed.Fespresa, Córdoba, 2003, pág. 299 y sgtes.

En cambio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo “Frigorífico Carcarañá”<sup>6</sup>, estableció que la habilitación para exportar la cuota de carne sólo puede entrar y permanecer en el activo de la quiebra en la medida en que se observen las disposiciones legales y reglamentarias cuya aplicación compete a la Secretaría de Ganadería, Agricultura y Pesca, sin perjuicio del derecho de los interesados a demandar ante el juez competente en caso que se negara o limitara ilegítima y razonablemente.

Una posición contemporizadora de ambas posturas, que cabe compartir, es la planteada por Lidia Vaiser quien distingue la competencia excluyente administrativa para calificar el establecimiento y la judicial concursal para evitar que se quite la “Cuota Hilton” debidamente obtenida y mantenida.<sup>7</sup>

## **6.- Las medidas cautelares en el APE<sup>8</sup>.**

En el A.P.E., sólo el art. 72, último párrafo, en su versión original, aludía a una medida cautelar al disponer que desde el momento de la presentación del pedido de homologación “...quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor en los términos previstos en el art. 21, incs. 2 y 3”.

La imperfección de dicha norma había dado lugar a diversas interpretaciones siendo la predominante la que entendía que se suspendían los juicios quirografarios<sup>9</sup> y los pedidos de quiebra<sup>10</sup>, pero que no se suspendían las acciones fundadas en prendas e hipotecas<sup>11</sup>.

En lo demás, nada decía ni dice el Capítulo VII del Título II sobre medidas cautelares.

La reforma de la ley 26.086 modificó el párrafo que ahora dice “Ordenada la publicación de los edictos del art. 74, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el art. 21”.

A su vez, el nuevo art. 21, como ya se destacó, establece un sistema por el cual prácticamente se derogan la suspensión y el fuero de atracción ya que éstos quedan limitados a los juicios ejecutivos y a los de conocimiento donde el actor opte directamente por no continuarlos y presentarse a verificar, lo que no puede hacer en caso de litisconsorcio pasivo necesario.

<sup>6</sup> Fallos 321:191.

<sup>7</sup> Vaiser, Lidia, op. cit., pág. 306.

<sup>8</sup> Sobre la materia pueden consultarse las ponencias de Barreiro - Lorente (pág. 217), Junyent Bas - Musso (pág. 235) en “X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial”, Ed. Fespresa, Córdoba, 2003.

<sup>9</sup> Juyent Bas, Francisco, “El acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589, Rev. de D. Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002-3- Concursos, t. I, p. 233.

<sup>10</sup> Alegría, Héctor, “ Acuerdo preventivo extrajudicial (caracterización, problemas y acuerdos privados)”, Rev. de D. Privado y comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002-3, Concursos I, p. 180; Macagno, Ariel A., “El acuerdo preventivo extrajudicial...”, Rev. Doctrina Societaria y Concursal , Errepar, marzo 2003, N° 184, pág. 231.

<sup>11</sup> Truffat, Edgardo Daniel, “El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589”, Ad-Hoc, Bs. As., 2002, pág. 50.

Más allá de la reforma, en materia de medidas cautelares, se mantienen los dos grandes interrogantes oportunamente formulados.<sup>12</sup>

El primero se refiere a si son o no aplicables las medidas cautelares típicas y atípicas previstas para el concurso preventivo. Dicha cuestión se engloba en un problema mayor cual es la de determinar si las reglas del concurso preventivo son supletoriamente aplicables al A.P.E.<sup>13</sup>

El segundo interrogante, en caso de respuesta afirmativa dada al anterior, se refiere a la fijación de los alcances que tales medidas podrían tener en el caso del A.P.E. en consideración a un particular efecto: el rechazo de la homologación no implica la quiebra del deudor<sup>14</sup>.

Una orientación para dar respuesta a esas preguntas está dada por la naturaleza del A.P.E.. Si, como sostiene Truffat, se trata de un subtipo o subespecie del concurso preventivo<sup>15</sup>, correspondería dar respuesta afirmativa al primer interrogante.

De lo contrario, si se entiende que se trata de un instituto ajeno al concurso preventivo, debería darse respuesta negativa.

Por nuestra parte compartimos la postura de que el A.P.E. es una subespecie del concurso y, por ende, le resultan en principio aplicables las medidas cautelares previstas para dicho proceso en la medida en que se adecuen a la naturaleza del primero.

Esto significa que tales medidas sólo podrán afectar:

- a) Al deudor, a efectos de cristalizar la nómina de los acreedores y de los bienes que integran la garantía de los firmantes.
- b) A los acreedores firmantes del acuerdo que consintieron la restricción de sus derechos y acciones.

<sup>12</sup> Ver nuestro trabajo "Las medidas cautelares en el acuerdo preventivo extrajudicial", en X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial", Ed. Fespresa, Córdoba, 2003, pág. 285 y ss., en coautoría con Germán Taricco Vera.

<sup>13</sup> Ver Instituto de D. comercial, Universidad Notarial Argentina: Conclusiones sobre el tema: "Aplicación al acuerdo preventivo extrajudicial de las reglas del concurso preventivo": 1. Desistido un acuerdo preventivo extrajudicial (en adelante A.P.E.), no puede presentarse un nuevo A.P.E. dentro del año posterior si existen pedidos de quiebra pendientes (consenso). Tampoco puede presentarse el concurso preventivo en similar situación (mayoría). 2. La presentación del A.P.E. suspende las acciones de contenido patrimonial, tanto de conocimiento como ejecutivas (consenso). Las ejecuciones de garantías reales no se suspenden con la presentación pero resulta aplicable la suspensión temporaria en los términos del art. 24 L.C.Q. (mayoría). 3. Los pedidos de quiebra se suspenden con la presentación del A.P.E. (consenso). 4. Para la homologación del A.P.E., el juez dispone de las facultades del art. 52 inc. 4 L.C.Q. (mayoría). 5. En caso de no homologación no corresponde decretar la quiebra (consenso). 6. Homologado el A.P.E. se producen los efectos de los arts. 55 a 64 L.C.Q., salvo con relación a la verificación tardía (consenso). No hubo acuerdo con relación a la prescripción y al modo de insinuarse los acreedores omitidos luego de la homologación. Las conclusiones corresponden a la Reunión Académica del jueves 29 de mayo de 2003 realizada en la sede de Guido 1841, Capital Federal, la que tuvo como disertantes a los Dres. E. Truffat y Ariel Dasso, y contó con una concurrencia integrada por jueces, funcionarios judiciales, profesores, síndicos y abogados. Las conclusiones resultaron, según se consigna en cada caso, del consenso sin objeciones habido entre disertantes y público o de las opiniones de la mayoría frente a las de la minoría, y fueron redactadas por el director del Instituto Dr. Eduardo M. Favier Dubois (h). Publicadas en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, agosto 2003.

<sup>14</sup> Juyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, "Reformas concursales", pág. 195.

<sup>15</sup> Truffat, Edgardo Daniel, ob.cit., ps. 26 y 38.

c) A los acreedores quirografarios no firmantes del acuerdo en la medida en que exista *verosimilitud* respecto de su eventual homologación, en tanto ésta les será oponible.

En cambio, las medidas no podrán afectar a acreedores ajenos a los eventuales efectos de la homologación como son los prendarios e hipotecarios.

Ello, salvo el caso de necesidad y urgencia evidentes, cuando de ello dependa la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores, en el cual puede ordenarse la suspensión transitoria de una subasta prendaria o hipotecaria en los términos del art. 24 L.C.Q.<sup>16 17</sup>.

a) Medidas cautelares al momento de la presentación del A.P.E.

Al momento de la presentación judicial de un A.P.E. el tribunal debe hacer un juicio de verosimilitud respecto de la adecuación de la petición a las normas legales respectivas y del cumplimiento de los requisitos formales exigidos.

En dicha oportunidad consideramos procedente el dictado de algunas medidas cautelares propias del concurso preventivo que, en el caso del A.P.E., tienen mayor fundamento, como son las siguientes:

### **a.1. Intervención de los libros de la deudora:**

Si el fundamento de la intervención de los libros en el concurso preventivo (art. 14 inc. 5° L.C.Q.) radica en la necesidad de evitar ulteriores llenados, alteraciones o agregados que afecten su sinceridad en perjuicio de la verídica reconstrucción de las operaciones de las que resultan los bienes y los créditos<sup>18</sup>, con mayor razón dicha medida se justifica en el A.P.E.<sup>19</sup>, a nuestro juicio con un doble fundamento: a) no hay verificación y la condición de acreedor sólo se funda en la contabilidad (art. 72 inc. 2° L.C.Q.), que debe ser insospechada; b) no hay sindicatura que ulteriormente compulse, controle o audite los libros (arts. 33 y 39 inc. 4° L.C.Q.)

Por otro lado, la exigencia de una certificación contable (art. 72 inc. 2° L.C.Q) resulta necesaria pero no suficiente tal como acontece en el concurso preventivo (art. 11 inc. 5°) donde no obsta a la intervención de los libros (art. 14 inc. 5°).

### **a.2. La inhibición general de bienes:**

<sup>16</sup> Truffatt, Edgardo Daniel, op. cit, pág. 50;

<sup>17</sup> Conf. Conclusiones sobre el tema “Aplicación al acuerdo preventivo extrajudicial de las reglas del concurso preventivo”, conclusión N° 2 in fine, reunión del 29/05/03, Instituto de D. comercial, UNA, Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, agosto 03.

<sup>18</sup> GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la Ley de concursos y quiebras, Ad-Hoc, Bs.As., 1997, t.I, p.219.

<sup>19</sup> TRUFFAT, Edgardo Daniel, op.cit.,p. 77

Es una medida procedente en tanto resulta razonable que a la cristalización del pasivo quirografario de la deudora al momento de presentación del acuerdo (en rigor a la fecha de cierre pactada), se le corresponda la inmovilización de los activos tenidos en mira por los acreedores al momento de suscribir el acuerdo, y sin perjuicio de que se autorice el levantamiento ante situaciones puntuales<sup>20</sup>. En este caso también la ausencia de un síndico vigilante coadyuva a la procedencia de la medida<sup>21</sup>.

### **a.3. La interdicción de salida de los administradores:**

Conservando el juez las facultades del art. 274 L.C.Q., que incluyen las relativas a la investigación de los hechos, y toda vez que la doctrina mayoritaria entiende que al momento de homologar le asisten las atribuciones del art. 52 L.C.Q., reformado por ley 25.589, en plenitud<sup>22</sup>, no cabe dudar de la procedencia de la interdicción de salida como medida destinada a lograr hacer comparecer a los administradores en cualquier momento para requerir las explicaciones del caso.

### **b) Medidas cautelares ulteriores:**

Durante el trámite del A.P.E., y hasta su homologación o rechazo, el juez se encuentra habilitado a dictar medidas cautelares entre las que se cuentan:

#### **b.1. Suspensión de la ejecución de medidas cautelares trabadas antes de la presentación.**

Al igual que en el concurso preventivo (art. 21 ante último párrafo), debe entenderse que las medidas cautelares trabadas en los procesos no atraídos (salvo los de expropiación y familia) deben ser levantadas por el juez del APE previa vista a los interesados. Es que, de lo contrario, se frustrarían los efectos de la eventual homologación del acuerdo.

#### **b.2. Designación de un síndico ad hoc:**

La carencia de síndico agrava el déficit del contradictorio quedando como único e insuficiente mecanismo el sistema de oposición de los acreedores previsto por el art. 75 L.C.Q.

<sup>20</sup> Molina Sandoval, Carlos A. "Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresariales", Ábaco, Bs. As., 2003, pág. 376.

<sup>21</sup> Ver Alonso, Ana y Villoldo, Juan M. "La inhibición general de bienes en el APE" en "X Jornadas de Institutos..." cit., pág. 243.

<sup>22</sup> Conclusión N° 4 de "Aplicación al acuerdo preventivo extrajudicial de las reglas del concurso preventivo", Instituto de D. Comercial, UNA, reunión del 29/05/03, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, agosto 2003.

Por otro lado y, como se señaló, la doctrina mayoritaria considera aplicables las facultades judiciales del art. 52 al momento de juzgar la homologación de un A.P.E.<sup>23</sup>

Sobre tales bases, cuando con motivo de una oposición, de una homologación pendiente, o de otra situación especial, el juez requiera contar con una investigación, constatación, cálculo y/u opinión imparcial, profesional y fundada, entendemos que posee facultades para designar un síndico ad hoc<sup>24</sup>, a extraer por sorteo de la lista de síndicos del juzgado, “A” o “B”, según el caso.

Al respecto cabe señalar la sentencia dictada en fecha 17-05-04, en los autos “Modo Sociedad Anónima de Transporte Automotor s/ Acuerdo preventivo extrajudicial” por el Dr. Kölliker Frers, entonces a cargo del Juzgado N° 16, en la cual se designaron síndicos “ad hoc”, de la lista de síndicos del tribunal, para indagar la realidad del pasivo denunciado por la deudora<sup>25</sup>.

## **7.- La afectación cautelar del fideicomiso de garantía.**

La posibilidad cautelar de suspender la ejecución de un fideicomiso de garantía frente al concurso del deudor-fiduciante y hasta tanto se verifique la obligación principal, resulta de tres fundamentos concatenados, que son los siguientes:

### **7.1.- La carga del acreedor- beneficiario de verificar su crédito en el concurso preventivo del fiduciante:**

Conforme pacífica doctrina, toda vez que el fideicomiso de garantía es accesorio de una obligación principal, el primero corre la suerte de la segunda de modo que no existiendo o habiéndose cancelado la obligación principal se extingue el fideicomiso<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Hequera, Elena, “Acuerdo preventivo extrajudicial ¿El tercer y último round?”, en Conflictos actuales en sociedades y concursos, Ad-Hoc, Bs.As., 2002, pág. 353; Alegría, Héctor “Acuerdo preventivo extrajudicial (caracterización, problemas y acuerdos privados)”, Rev. de D. Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2002-3-, concursos I, pág. 176. Ver también la conclusión N° 4 de “Aplicación al acuerdo preventivo extrajudicial de las reglas del concurso preventivo”, Instituto de D. comercial, UNA, reunión del 29/05/03, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, agosto 03.

<sup>24</sup> La medida es reclamada, *lege ferenda*, por Arnoldo Kleidermacher en “El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial”, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, enero 2003, N° 182, p. 16.

<sup>25</sup> Verlo en Errepar, DSE, nro. 202, Septiembre 2004, pag.1092, con comentario de Miguel E. Rubín. En la misma línea se ubica el fallo del Juzgado Civil y Comercial N° 3 de San Martín, del 30-08-04, en autos “Stantero y Stantero c/ Asociación Mutual Supervisores Ferroviarios s/ Incidente de impugnación, art. 75 ley 24.522”. Véase en doctrina Truffat, E. Daniel “Sobre la posibilidad de que se designe una sindicatura ad hoc en los acuerdos preventivos extrajudiciales”, en “Derecho y Empresa”, Ediciones DD, Bs. As, 2004, pág. 297.

<sup>26</sup> Conf. art. 1994 del Código Civil; Miguens, Héctor José “Fideicomiso y Concursos” en “Derecho Concursal”, Ed. Univ. Austral y Rubinzal Culzoni, Dir. Gómez Leo - Negrete, Sta. Fe 2002, pág. 370; Torres Caballo, Javier “Fideicomiso de garantía” en “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso”, Dir. B. Maury, Bs. As. 2004, Ed. Ad-Hoc, pág. 346; Clusellas - Ormaechea, “Contratos con garantía fiduciaria”, Bs. As. 2003, Ed. Ábaco, pág. 142.

En consecuencia, como el fideicomiso de garantía sólo se justifica y tiene efectos mientras exista una obligación principal en el pasivo del deudor-fiduciante, resulta necesario que el acreedor (beneficiario) concurra al concurso de éste a verificar su crédito<sup>27</sup>

## **7.2.- La consecuente improcedencia de que el fiduciario realice el bien fideicomitado hasta tanto se verifique el crédito:**

Como consecuencia de lo señalado en el punto anterior, no corresponde que, presentado el fiduciante deudor en concurso preventivo, el fiduciario realice el bien fideicomitado y pague al acreedor hasta tanto éste no verifique su crédito<sup>28</sup>

Es que es el juez del concurso quien debe constatar la existencia y el incumplimiento de la obligación garantizada, sin cuya intervención el fiduciario no tendrá título hábil para ejecutar el fideicomiso<sup>29</sup>

De lo contrario y además de la invalidez de la ejecución, el fiduciario no cumpliría con su diligencia de “buen hombre de negocios”<sup>30</sup> produciendo una elusión de la justicia que podría incentivar acciones revocatorias ante el abuso<sup>31</sup>

En el punto, cabe recordar que el fiduciario debe abstenerse de realizar los bienes cuando se le presenta una situación de duda<sup>32</sup>.

## **7.3.- La tutela de la continuidad de la empresa y la igualdad de los acreedores.**

Al respecto, ha señalado calificada doctrina que la realización de un fideicomiso de garantía no puede contrariar el principio de continuación de la empresa hasta que se decida su suerte

<sup>27</sup> Conf. Carregal, Mario “El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía”, LL año LXVIII, N° 35, rev. 19-02-04, pág. 1; Kelly, Julio “Fideicomiso de Garantía” en “Fideicomiso”, Dir. Claudio Kipper, J.A. 6102, pág. 17/24; Lorenzetti, Ricardo Luis “Tratado de los Contratos”, T. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000, págs. 352/53; Esparza - Games, “El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra”, E.D., año XXXIX, N° 10.368, rev. del 29-10-01, pág. 3; Graziabile, Dario J. “Insolvencia y fideicomiso”, L.L., año LXIX, N° 26, rev. 07-02-05, pág. 2; Teplitzchi, Eduardo A. “La verificación del crédito con preferencia fiduciaria” en “Verificación de Créditos”, Coord. Arecha y otros, Bs. As., 2004, Ed. Ad-Hoc, pág. 209.

<sup>28</sup> Conf. Graziabile, Dario J. “Insolvencia y fideicomiso”, LL, año LXIX, N° 26, rev. 07-02-05, pag.2.

<sup>29</sup> Conf. Boretto Mauricio, “Concurso, Fideicomiso de Garantía, Cesión de Créditos en Garantía y Descuento Bancario”, Bs. As., 2005, Ed. Ah-Hoc, pág. 113.

<sup>30</sup> Conf. Esparza - Games, “El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra”, E.D., año XXXIX, N° 10.368, rev. del 29-10-01, pág. 2; Fernández Matías Ariel, “Fideicomiso de Garantía y Concurso preventivo” en “Conflictos actuales en sociedades y concursos”, Dir. Arecha y otros, Bs. As., 2002, Ed. Ad-Hoc, pág. 405.

<sup>31</sup> Conf. Maffia, Osvaldo “Verificación de créditos”, Bs. As., 1999, Ed. Depalma, pág. 519).

<sup>32</sup> conf. Clusellas - Ormaechea “Contratos con garantía fiduciaria”, Bs. As., 2003, Ed. Ábaco, pág. 249.

en el concurso preventivo<sup>33</sup> debiendo el juez adecuar la ejecución del fideicomiso a la necesaria continuación del giro empresario<sup>34</sup>

#### **7.4.-La jurisprudencia.**

En cuanto a la jurisprudencia, en el caso “Club Atlético San Lorenzo Asociación Civil s/ Concurso preventivo s/ Incidente de apelación”, referido a la no ejecución de una cesión de créditos en garantía respecto de un deudor concursado, además de afirmarse la carga del acreedor de verificar, se señaló la existencia de serios cuestionamientos al crédito y que “la adopción de una solución contraria podría afectar sensiblemente la continuidad de la actividad de la deudora”<sup>35</sup>

Por su lado, en cuanto a la tutela de la igualdad, toda la pacífica jurisprudencia del Fuero Comercial de la Capital<sup>36</sup>, en una suerte de Plenario Virtual, impide al cesionario de créditos en garantía percibir su crédito hasta tanto verifique en el concurso con fundamento en la tutela de la igualdad de los acreedores del art. 16 L.C.Q.

Conforme calificada doctrina, dicha jurisprudencia resultaría plenamente aplicable al fideicomiso de garantía<sup>37</sup>

Al respecto, en el caso “Dinar Lineas Aereas S.A. s/ Concurso preventivo”, 09-08-02, del Juzgado N° 2 de Salta, se suspendió la ejecución de un fideicomiso de garantía que comprometía la continuidad de la empresa, al afectar a la casi totalidad de sus ingresos por ventas, incluso en la etapa de anteconcurso<sup>38</sup>.

Por su lado, en los autos “Kayders S.A. s/ Concurso preventivo s/ Inc. de apelación (medida cautelar)”, la Sala E de la C.N.Com., con fecha 8 de mayo de 2006, dispuso una medida de no innovar sobre la venta de un campo de la concursada suspendiendo por noventa días la ejecución de un fideicomiso de garantía constituido sobre el mismo, donde se desarrollaba la explotación agropecuaria de la deudora, con fundamento en evitar su quiebra al tratarse de su casi exclusiva actividad.

<sup>33</sup> conf. Alegría, Héctor, “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, Sup. La Ley del 28-08-03, pág. 11; Tévez, Alejandra Noemí, “Suspensión preventiva de la ejecución del fideicomiso de garantía en caso de concurso preventivo del fiduciante” en “X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial”, Córdoba, 2002, Ed. Fespresa, pág. 277.

<sup>34</sup> conf. Carregal, Mario “El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía”, LL año LXVIII, N° 35, rev. 19-02-04, pág. 1.

<sup>35</sup> citado por Alegría, Héctor “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, Sup. La Ley del 28-08-03, pág. 12.

<sup>36</sup> verla en Armando J. Isasmendi “El fideicomiso de garantía en el derecho nacional”, L.L., rev. del 28-05-03, pág. 7 y sgtes. y en Tévez, Alejandra Noemí, “Suspensión preventiva de la ejecución del fideicomiso de garantía en caso de concurso preventivo del fiduciante” en “X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial”, Córdoba, 2002, Ed. Fespresa, pág. 281, nota 11.

<sup>37</sup> conf. Alegría, Héctor, “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, Sup. La Ley del 28-08-03, pág. 11.

<sup>38</sup> LL, rev. 28-05-03, pág. 7.

Al respecto se meritó especialmente que la continuación de la explotación por ese lapso podía generar ingresos necesarios para evitar pasivos post-concursales, para ir saldando la deuda garantizada y para impedir los pasivos que se generarían por la disolución de los contratos de trabajo.<sup>39</sup>

En otro caso, se validó concursalmente el fideicomiso de garantía pero solo a los efectos de analogarlo a la “garantía especial” y, por ende, rechazar el pedido de quiebra por quien no había acreditado su insuficiencia en los términos del art. 80, segundo párrafo, LCQ<sup>40</sup>.

Finalmente, no se ignora un precedente en el cual se denegó la suspensión prevista por el art. 24 LCQ a la ejecución de un fideicomiso de garantía, pero ello fue sobre la base en no presentarse en el caso la finalidad legal, de conservación de la explotación de la empresa por un breve lapso, dada la realidad concreta y limitada de la concursada.<sup>41</sup>

## **7.5. Nuestra opinión.**

Por nuestra parte, con fundamento en la carga de verificar la obligación principal que pesa sobre el acreedor-beneficiario basada en la accesoriedad, la consecuente improcedencia de que el fiduciario realice el bien fideicomitado hasta que la verificación tenga lugar, y la tutela de la continuidad de la empresa y de la igualdad de los acreedores, entendemos que corresponde decretar por parte del juez del concurso preventivo del deudor fiduciante una medida cautelar de no innovar sobre la ejecución del fideicomiso de garantía hasta que se admita la verificación<sup>42</sup>.

## **8.- Conclusiones.**

En orden a lo señalado precedentemente cabe formular las siguientes conclusiones:

- a) Las medidas cautelares no tipificadas expresamente por la ley son legalmente admisibles debiendo en cada caso considerarse las particulares circunstancias, los intereses en juego y su instrumentalidad respecto de los fines del concurso.
- b) Las medidas de no innovar sobre la “Cuota Hilton” no pueden vulnerar lo establecido por las autoridades administrativas respecto de la calificación del establecimiento pero sí

<sup>39</sup> Publicado en ED del 29-9-06 con comentario de Claudia Raisberg “Las medidas cautelares en el concurso preventivo y el fideicomiso de garantía”.

<sup>40</sup> C.N.Com., Sala C, “Aqua King de Argentina S.A. le pide la quiebra Banco Río de la Plata S.A.”, 20-02-01.

<sup>41</sup> C.N.Com., Sala C, “Emprendimientos Hipotecarios S.A. s/ Concurso preventivo”, 16-06-2000.

<sup>42</sup> Ver nuestro trabajo “La sustentabilidad legal del Fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, en “Tratado Integral del Fideicomiso”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007, pág. 319.

pueden incursionar sobre su mantenimiento a favor de la fallida en la medida en que subsistan las condiciones técnicas de la calificación.

c) El APE requiere el dictado de medidas cautelares no tipificadas por analogía con el concurso preventivo y adecuadas al estado particular del trámite.

d) El fideicomiso de garantía puede ser afectado cautelarmente por el juez del concurso preventivo del fiduciante, hasta tanto se verifique la obligación principal.