

Errepar, DSE, nro. 305, tomo XXV, Abril 2013.

“Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial”.

Por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (PATER) Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

Si bien en los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se afirma que éste no reforma a la ley de concursos y quiebras 24.522, lo cierto es que muchas de sus disposiciones impactan sobre el sistema concursal vigente generando importantes cambios, los que son analizados por los autores)

1.-INTRODUCCIÓN

Como es sabido el nuevo Código Civil y Comercial, que al momento de estas líneas se encuentra en trámite de aprobación legislativa, deroga al Código de Comercio, “unifica” al derecho comercial con el derecho civil, incorpora a su texto algunas leyes existentes (“fundaciones” y “contrato de leasing”) e introduce reformas a la ley del consumidor y a la ley de sociedades.

En cuanto a la ley de concursos y quiebras 24.522, se dice que “no hay ninguna modificación”.

En efecto, los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, elaborados por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Higton y Aida Kemelmajer, consignan que tal anteproyecto “respeta los otros microsistemas normativos autosuficientes. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario...”.

En dichos fundamentos, luego de mencionar los casos de las leyes de defensa del consumidor y sociedades, que se reforman, y de las fundaciones y leasing, que se incorporan al texto, se agrega textualmente “Finalmente, en otros casos, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras”.

Sin embargo a poco que se penetre en el estudio de la reforma civil y comercial se aprecia la importante gravitación que el proyecto tiene sobre el sistema concursal vigente, a pesar de sus escasas referencias a la ley de concursos.

Diversos autores así lo han señalado en recientes y eruditas publicaciones¹, y el tema ha sido tratado en una de las comisiones del “Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”².

Con la misma finalidad de contribuir al esclarecimiento de tan importante iniciativa venimos a aportar algunas consideraciones en el presente trabajo respecto de los cambios que el Proyecto produce en el sistema concursal.

2.-NUEVA TERMINOLOGIA LEGAL, REMISIONES Y COMPATIBILIZACIONES.

En primer lugar se observa que el lenguaje de la ley 24.522 ha quedado en parte desfasado de la nueva legislación y debe ser “reemplazado” por las nuevas terminologías.

Así se advierte, en materia de las “personas de existencia visible” (art.2 y conc. LCQ), que tal nomenclatura ha sido reemplazada en la nueva legislación por la de “personas humanas” (art.19 y conc. del Proyecto).

También las “personas de existencia ideal” del art. 2º y stes deben ser reemplazadas por las “personas jurídicas privadas” según el art.148 de la nueva codificación

Por su parte, las referencias de la ley 24.522 al código civil y al código de comercio, deben remitir al Código Civil y Comercial de la Nación, y las alusiones a las “sociedades comerciales” remitirán a las “sociedades”.

En segundo término se observa que el texto de la ley 24.522 es alcanzado por la reforma por lo menos al obligarlo a cambiar tres citas legales:

- a) El art.20 de la LCQ cita textualmente al “artículo 753 del Código Civil” norma derogada en el proyecto y que deberá ajustarse a lo previsto por el art. 353 del nuevo CC y C.
- b) El art, 241 inciso 6 relativo al privilegio del retenedor cita a la indemnización del art. 3943 del Código Civil correspondiendo actualmente referirse al art.2589 del Código Unificado.
- c) El art. 293 de la Ley 24.522 la declara incorporada como libro IV del Código de Comercio, situación incompatible con la derogación de este último cuerpo legal.

En tercer lugar, hay casos que la legislación común proyectada remite directamente a las soluciones de la ley concursal, como por ejemplo:

1 Ver Junyent Bas, Francisco “Reflejos del Proyecto de Código Civil y Comercial en materia concursal”, Errepar, DSE, Suplemento Especial, Septiembre 2012, pag. 37 y siguientes, y los demás trabajos que serán citados a lo largo de esta colaboración.

2 Ver la obra “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012.

a).En materia de compensación, el art. 930 inc.f) del Proyecto, remite en cuanto a las obligaciones no compensables en el concurso o quiebra a los alcances que prevea la ley especial.

b) En materia de privilegios generales, el art. 2580 del Proyecto dispone que éstos se aplican en los procesos universales (concurso y sucesiones), rigiéndose siempre por la ley de concursos y quiebras.

Finalmente, se advierten muchas soluciones que compatibilizan al ordenamiento civil con el concursal, entre las que se destaca la posibilidad de concurso preventivo o quiebra de la masa indivisa insolvente, prevista por el art. 2360 del Código Unificado, la que es congruente con los arts. 2 y 8 de la LCQ.

3.- LA AMPLIACION DE LOS SUJETOS CONCURSALES

El Proyecto legisla sobre las “personas jurídicas privadas”, en noción que, como se dijo, debe entenderse equivalente a las “personas de existencia ideal de carácter privado” a que se refiere el art. 2º de la ley 24.522.

Las “personas jurídicas privadas”, son las enumeradas por el art. 148 del nuevo Código, gozan de personalidad jurídica diferenciada de sus miembros y administradores, y se les aplican, además de las normas especiales previstas para cada una, las normas generales establecidas por los arts. 150 a 167 del nuevo Código.

De tal suerte, son “personas jurídicas privadas” en el nuevo texto las siguientes: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las mutuales; f) las cooperativas; g) el consorcio de propiedad horizontal; h) las comunidades indígenas e i) otros entes con similar finalidad y normas de funcionamiento.

De tal enumeración, y de las respectivas regulaciones surgen, en apariencia, cuatro nuevos sujetos concursales, que a nuestro juicio son dos.

3.1.-LAS SOCIEDADES ANONIMAS UNIPERSONALES.

En el Proyecto la ley de sociedades comerciales 19.550 cambia de nombre por el de “ley general de sociedades” y, entre otras modificaciones, se introduce la figura de la “sociedad anónima unipersonal”³.

³ Es un tema recurrente de los últimos proyectos legislativos, aunque con diversos alcances en cada caso. Ver Favier Dubois (h), E.M. “Los límites de la sociedad unipersonal y el abandono de la empresa en el nuevo concepto de sociedad”, en “Nuevas perspectivas en el derecho societario y el Anteproyecto de reforma de la Ley de sociedades comerciales”, Bs.As., 2005, Ed.Ad Hoc, pag.89.

Los requisitos de esta nueva categoría son relativamente simples: solo se admite que sean unipersonales las sociedades anónimas (art.1º), se trata de un acto jurídico unilateral, no puede ser único socio otra sociedad anónima unipersonal (art.1º), la denominación debe ser “sociedad anónima unipersonal, su abreviatura o la sigla “S.A.U.” (art. 164); la integración del aporte debe ser un 100% al momento de la constitución (art.187), están sujetas a fiscalización estatal permanente (art. 299 inc.7º), lo que implica que deban tener sindicatura plural (art.284, segundo párrafo, ley 19.550) y directorio plural en forma obligatoria (art.255, segundo párrafo, ley 19.550)⁴.

Se trata de la primera vez que la ley admite expresamente como sujetos a las sociedades inicialmente unipersonales, cuando el tema se hallaba negado o muy controvertido como ocurrió al negarse el concurso preventivo de “Great Brands” por el juez de primera instancia⁵.

3.2.-OTRAS PERSONAS JURIDICAS A DETERMINAR.

El art. 148 inciso i) establece que son personas jurídicas privadas, además de las mencionadas expresamente, “toda otra contemplada en disposiciones de este código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Se admite, pues, una doble posibilidad.

Por un lado, se dice que puede haber otras personas jurídicas privadas, además de las mencionadas por el art. 148 en sus incisos a) al h), según resulta de normas expresas del propio código o de otras leyes. De tal modo se hace a la enumeración no taxativa frente a eventuales omisiones o regímenes especiales.

Por el otro, se admite la posibilidad de que la condición de “personas jurídica privada” y la consecuente aplicación de las normas que las rigen, pueda aplicarse a un ente o relación obligacional no mencionada expresamente por la ley pero donde se presenten la finalidad y las normas de funcionamiento interno propias de las personas jurídicas privadas.

Vale decir, donde existan los elementos de la persona jurídica privada, aunque no se trate de un ente así calificado, podrá predicarse que se está ante una persona jurídica privada siempre, claro está, que la propia ley no haya prohibido tal calificación como ocurre con los “contratos asociativos” del art. 1442 y siguientes.

4 Ver Vítolo, Daniel “La errónea regulación de las sociedades unipersonales en la reforma a la ley de sociedades propuesta en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación- Anexo II-“, en la obra “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012 pag. 287 y stes.

5 Ver la evolución del tema en Favier Dubois (h), E.M. “La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades off shore”, en La Ley, 2005-B-1028.

De ello resulta que quien solicite la quiebra o pida el concurso de un ente de estas características deberá acreditar las circunstancias requeridas por la ley y que el juez deberá hacer un juicio de admisibilidad al respecto, previo a toda otra resolución.

3.3.-LA SITUACION DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS.

Se trata de un nuevo derecho real, la “propiedad comunitaria indígena”, que es el que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas (art. 2028), lo que ha generado muchas polémicas⁶.

Su titular es la comunidad indígena registrada como persona jurídica, para lo cual debe elaborar un estatuto y designar a sus representantes legales (art.2030).

La propiedad comunitaria indígena requiere inscripción registral (art. 2031).

Esta norma legal tiene como antecedente el art. 77 inc.17 de la Constitución Nacional que dice “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

Ahora bien, aún cuando el Proyecto les de calidad de “personas jurídicas”, la “inembargabilidad” de las tierras prevista por la Constitución Nacional las excluye como sujetos del concurso, debiendo considerarse una excepción constitucionalmente tasada al ámbito del art. 2º de la ley 24.522.

Vale decir que aún en caso de cesación de pagos, esta comunidad indígena no será sujeto concursable, debiendo acudir a otros procedimientos derivados de su estatuto de ente constitucional.

3.4.-EL CASO DEL CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

El nuevo art. 2044 del Código proyectado, zanjando una antigua discusión doctrinal sobre si los consorcios eran o no personas jurídicas, establece que “El conjunto de los

⁶ Ver Corna, Pablo María y Fossaceca (h), Carlos Alberto “La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, ED 11-10-12, nro. 13.097, pag.1, tomo 249.

propietarios de las unidades funcionales constituyen la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador...”

El reglamento de propiedad y administración se inscribe en el Registro Inmobiliario (art. 2038).

A nuestro juicio es una inclusión desafortunada en la medida que pudiera considerarse que, al darse al consorcio de propiedad horizontal calidad de “persona jurídica privada”, quedaría incurso en el art. 2º de la ley 24.522 y, por ende, sería sujeto pasivo de quiebra.

Rechazamos de plano tal interpretación por manifiestamente incompatible con las finalidades del consorcio, destacando que la posibilidad de quiebra ya fue rechazada por la mayoría de doctrina y jurisprudencia con fundamento en que se trata de un ente de existencia necesaria, dada la indivisión forzosa⁷.

Al respecto, entendemos que la quiebra (y el concurso) sigue siendo improponible, aún en el régimen proyectado que no modifica el rol del consorcio y donde, además, el propio art. 2044, en su segunda parte, establece que la personalidad del consorcio se extingue por “la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal”, no previéndose el caso de quiebra, lo que demuestra la inaplicabilidad de tal solución para estos entes y autoriza a considerar que se presenta la situación de exclusión por ley especial, del art. 2 in fine de la ley 24.522.

4.-LA LIQUIDACION SIN QUIEBRA PARA EL FIDEICOMISO INSOLVENTE.

4.1.-LA NORMATIVA ACTUAL Y LOS DEBATES EN CURSO.

⁷ Así se ha dicho que "... habiendo estado de propiedad horizontal y diversos dueños, es una persona necesaria que inevitablemente debe tener continuidad, no pudiendo disolverse con la consiguiente desaparición del consorcio de la vida jurídica, ya que la indivisión forzosa del inmueble, hace ineluctable la permanencia de la comunidad organizada, y el régimen de este derecho real está basado en la existencia del consorcio ..." (Highton, Elena "Propiedad Horizontal y prehorizontalidad", pág. 564). Si bien existe un antecedente jurisprudencial que llegó a pronunciarse afirmativamente sobre la declaración en concurso civil de un consorcio insolvente (fallo del 22/4/1969, Cámara 1a. Civil y Comercial de Mar del Plata), este aislado pronunciamiento no es ni remotamente el criterio mayoritario y predominante.-La Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, en sentencia del 30/10/1996 "Consortio de Propietarios Perú 1724 s/ pedido de quiebra formulado por Eva María Ramírez", ha confirmado la sentencia de primera instancia en cuanto rechaza el pedido de quiebra al consorcio de propietarios.-" (ED. To. 171, pág. 601).-Además, en autos "Consortio de Propietarios de Edificio C. Calvo 869/75, le pide la quiebra Alvarez Egues, Neidi" - CNCOM - SALA D - 26/12/2005, se rechazó expresamente la posibilidad de que el consorcio fuera declarado en quiebra.

El art. 16 de la ley 24.441, para el caso de que los bienes fideicomitidos sean “insuficientes” para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, prevé lo siguiente:

Que tal situación no da lugar a la quiebra del patrimonio fideicomitado.

Que deben incorporarse los recursos que prevea el contrato a ser suministrados por el fiduciante o por el beneficiario.

Que a falta de tales recursos el patrimonio debe ser liquidado por el fiduciario enajenando los bienes y entregando su producido a los acreedores siguiendo el orden de los privilegios previstos para la quiebra.

Que si el fideicomiso es financiero se aplican “en lo pertinente”, las normas del art. 24 (asamblea de tenedores con posible cambio de fiduciario, remisión o modificación de las deudas, instrucción sobre liquidación de activos y/o designación de otro enajenador).⁸

Como se ve, no está prevista en la ley la liquidación judicial ni que el liquidador la solicite.

En el caso “Fideicomiso Fidag” se sentó la siguiente doctrina: *“si es el propio fiduciario quien lo pide y nada se previó en el contrato sobre el procedimiento, cabe acceder a la liquidación judicial ya que en tal caso no hay motivos para negarlo cuando la liquidación judicial tutela mejor a los terceros”*.⁹

Sin embargo ese fallo dejó varias cuestiones pendientes, a saber:

a).-El concepto de “insuficiencia del patrimonio fideicomitado”, que muchos autores asimilan a la “cesación de pagos” del derecho concursal¹⁰.

b).-La conducta exigible al liquidador en caso de “insuficiencia” del patrimonio fideicomitado¹¹.

De lo que no puede haber dudas, a nuestro juicio, es que el fiduciario de un fideicomiso que tenga cierto grado de actividad deberá rendir cuentas (art. 7º LF) mediante el llevado de

8 Ver de los autores “El contrato de fideicomiso frente al régimen concursal: cuestiones generales y particulares”, Errepar, DSE, nro. 294, tomo XXIV, Mayo 2012, pag.373

9 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 15-12-2010. Ver de Favier Dubois (h), E.M.: “La insuficiencia del patrimonio fideicomitado y su liquidación judicial a pedido del fiduciario”, en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Ed. La ley, año II, nro.3, junio 2011, pag.213.

10 Por nuestra parte entendemos que es un concepto más amplio que puede englobar tanto a la aludida “cesación de pagos”, como así también a la “insolvencia” puramente matemática cuando el pasivo supera al activo, prevista en los arts. 962 y stes. del código civil para la regulación de la “acción de fraude”. Conf. Belluscio-Zannoni, “Código civil comentado...”, ed. Astrea, Bs.As., 2001, tomo 4, pag. 440 nro.4..

11 Ver Parellada, Carlos A. “La responsabilidad civil del fiduciario por insolvencia del patrimonio fideicomitado”, en Maury (directora) y Grzona (coordinador), “Tratado teórico práctico de fideicomiso”, tomo 2, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2004, pag. 93 y stes. Alguna doctrina destaca que es conveniente para los fiduciarios concurrir en forma voluntaria a los tribunales a realizar las liquidaciones para evitar impugnaciones. Ver Orelle, J.M. “Fideicomiso contractual y financiero”, pags. 159/161, cit. Por Joulíá, Emilio Cesar “Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario”, ED, nro.10.683, año XLI, 30-1-03, pag.2.

contabilidad¹² y emitiendo estados contables anuales¹³ o trimestrales en el caso de los fideicomisos financieros¹⁴.

c).-El procedimiento aplicable a la liquidación del patrimonio fideicomitado¹⁵.

Este es el caso que presenta más dudas y ha hecho reflexionar a la doctrina. Se señala que entre los diversos métodos de liquidación previstos por las leyes (sucesorio, condominio, etc.), el societario y el concursal¹⁶ aparecen con mayor aptitud para brindar las reglas a aplicar, proponiendo calificada doctrina la aplicación de un “mix” de pautas procedimentales¹⁷.

d).-La posibilidad de concurso o quiebra del patrimonio fideicomitado.

No obstante la disposición legal, estableciendo que la insuficiencia patrimonial no dará lugar a la declaración de la quiebra (art. 16), lo que es aceptado por la mayoría de los autores¹⁸, alguna doctrina considera igualmente aplicable el instituto de la quiebra o, según el caso, la posibilidad de acudir al concurso preventivo¹⁹ o al acuerdo preventivo extrajudicial²⁰.

4.2.-LA LIQUIDACION SIN QUIEBRA EN EL PROYECTO.

Como una importante novedad que, a nuestro juicio, trae el proyecto, aparece lo que denominados “liquidación sin quiebra”²¹ del fideicomiso.

12 Ver Favier Dubois (h), E.M. “La rendición de cuentas en el derecho comercial. Su vigencia en materia de negocios fiduciarios, asociativos y societarios”, Errepar, DSE, nro. 262, Septiembre 2009, T. XXI, pag. 967, en co-autoría con Favier Dubois (pater).

13 Ver el art. 1º del Dec. 780/95 y la normativa publicada en “Tratamiento contable del fideicomiso”, Edicon, Bs.As.2008, puntos 4.2.1.2. y 4.6. en páginas 11 y 13 del informe 28 del CPCECABA; Faure, Darío J. “Fideicomisos. Aspectos generales, impositivos y contables”, Ed. Aplicación Tributaria, Bs.As., 2009, pag.123 y stes.

14 Ver Resolución 368/2001 de la Comisión Nacional de Valores.

15 Ver las propuestas de Boretto, Mauricio “El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado en Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial2, RDCO, Sept./Octubre 2012, nro. 256, pag.354.

16 Ver a favor de aplicar la normativa concursal Joulía, Emilio Cesar “Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario”, ED, nro.10.683, año XLI, 30-1-03, pag.2.

17 Molina Sandoval, Carlos A. “El fideicomiso en la dinámica mercantil”, Ed. Abaco, Bs.As., 2004, pag.310 y stes; Ise Figueroa, Tomás “Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitados”, LL 1999-A-899.

18 Kiper-Lisoprawski “Tratado...” pag. 439.

19 Games-Esparza “Fideicomiso y concursos”, Ed. Desalma, Bs.As., 1997, pag.36; Ingolotti, Juan Pablo “Algunas controversias presentes en el artículo 16 de la ley 24.441”, ED, t.233, nro.12.300, año XLVII, 22-7-09, pag.1.

20 Por nuestra parte consideramos que la imposibilidad de quiebra es positiva en tanto tiende a limitar la responsabilidad de los que participan en un fideicomiso y siempre y cuando el mismo sea un fideicomiso típico (ver infra cap.8). Y, si no hay quiebra, mal puede haber concurso preventivo o acuerdo preventivo extrajudicial cuya frustración o incumplimiento (en el segundo caso), llevar a la vedada quiebra.

21 La solución es análoga a la del art. 41 de la ley de quiebras 11.719, donde se preveía una liquidación sin quiebra para el deudor que la mereciera con efecto solo sobre los bienes pero sin los efectos personales de la falencia declarada. Ver Malagarriga, Carlos C. “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, tomo IV, Bs.As. 1963, Tipográfica Editora, pag.153 y siguientes.

El art. 1687 del Proyecto, en su tercera parte, dice “La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da 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, procede su liquidación la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente”.

La solución proyectada no aclara demasiado los puntos a y b del número anterior pero ratifica la solución de no concursabilidad (punto d)²² y arroja luz sobre el procedimiento aplicable (punto c) al disponer la liquidación judicial, por el juez competente y con aplicación de las normas de liquidación de la ley de concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

La calificada doctrina que ha considerado al tema ha entendido que el liquidador debe ser el propio fiduciario²³ o que eventualmente será un interventor designado por el juez²⁴.

A nuestro juicio, las normas de liquidación previstas para concursos y quiebras imponen la sustitución del fiduciario por un tercero especializado, imparcial y profesional, como es el síndico concursal.

¿De qué otro modo podrían cumplirse los procedimientos de verificación de créditos, informe general, liquidación y proyecto de distribución sin un tercero imparcial que opine sobre los créditos insinuados?

¿Quién podrá juzgar la responsabilidad del fiduciario para iniciar las acciones de responsabilidad contra éste que correspondan?

Es por eso que consideramos que el procedimiento aplicable es el de la liquidación prevista para la quiebra y que el mismo debe estar ante el juzgado concursal competente y con intervención de un síndico de la lista oficial, quien desapodera al fiduciario a esos fines.

Asimismo entendemos que el proceso puede ser instado por el propio fiduciario, cumpliendo los requisitos de información correspondientes, o por el beneficiario, el fiduciante o cualquier acreedor del patrimonio fideicomitado²⁵.

La liquidación no importará hacer efectivos los efectos de la quiebra en materia de consecuencias personales, ineficacia, responsabilidad especial ni extensión de quiebra.

22 Ver Bilvao Aranda, Facundo M. “El fideicomiso en el anteproyecto de unificación civil y comercial y su comparación con la regulación actual” en RDCO, año 256, Sept./Oct. 2012, pag. 378.-

23 Junyent Bas, Francisco, “Reflejos...” op.cit. pag.40.

24 Boquin, Gabriela F. “Insolvencia del Fideicomiso” en la obra “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012, pag. 148.

25 Boquin, Gabriela F. “Insolvencia...” cit. Pag.149

En caso de petición por el fiduciario, y cuando el fideicomiso insolvente tenga cierto grado de “actividad económica organizada“ el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas mediante el llevado regular de contabilidad emitiendo estados contables anuales por aplicación del art. 320 del Proyecto y, en su caso, presentarlos al juez de la liquidación para acreditar la insuficiencia patrimonial.

5.-MODIFICA EL STATUS Y FUNCIONES DEL SINDICO CONCURSAL

5.1.-RESPONSABILIDAD “DE MEDIO” Y NO DE RESULTADO.

El Proyecto de Código Civil y Comercial, al reglamentar la responsabilidad de los profesionales liberales, lo que incluye la responsabilidad de los contadores públicos, corrobora que las obligaciones de los síndicos son “de medio”²⁶.

En efecto, establece en su artículo 1768 lo siguiente: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido a un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 8ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.”

La obligación “de hacer” tiene como efecto desvincular al síndico del resultado del proceso, debiendo solo acreditar que empleó la diligencia necesaria en su conducta, lo que reviste la mayor importancia en situaciones tales como la venta de inmuebles del fallido por no traba de la inhibición en extraña jurisdicción cuando no había ningún elemento que obligara al síndico a trabar la medida en aquella.

5.2.-LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS “ESTUDIOS DE SÍNDICOS CLASE A”.

Es sabido el art. 253 inc. 1º de la ley 24.522 prevé la inscripción para aspirar a actuar como síndicos concursales de “estudios de contadores”, los que integrarán las listas de la “categoría A” a los fines de su selección.

²⁶ Ver de los autores “Impacto del Proyecto de Código Unificado sobre la Profesion Contable”, Errepar, DSE, nro. 299, Tomo XXIV, Octubre 2012, pag. 935

Por nuestra parte entendemos que tales “estudios de síndicos Clase A”, como regla, carecen de personalidad jurídica propia a menos que expresamente revistan forma societaria o actúen como sociedades de hecho, lo que debe ser apreciado en cada caso²⁷.

No obstante, en algunos casos los tribunales concursales han exigido inscripción fiscal al estudio como tal y se ha pretendido regular los honorarios y librar los cheques a favor de la entidad, atribuyéndoles personalidad jurídica y fiscal, y no a nombre de sus miembros, lo que a nuestro juicio resulta inaceptable.

La discusión actual queda zanjada en el Proyecto que regula a los “contratos asociativos” art. 1442), definidos como contratos de colaboración, de organización o participativos, con comunidad de fin, que no son sociedades, ni personas jurídicas, sin requisitos de forma, con libertad de contenidos y con efectos entre las partes aunque no se inscriban (arts. 1444, 1446 y 1447).

Dicha normativa prevé que cuando una parte trate con un tercero en nombre de la organización común, las otras partes no devienen acreedores o deudores de es tercero (art. 1445).

Como se advierte, el proyecto hecha luz sobre la validez de estos contratos asociativos y sobre su carencia de personalidad jurídica y fiscal, lo que resulta de gran utilidad para los estudios de síndico clase A quienes podrán optar por un funcionamiento simplemente como contrato asociativo o adoptar una forma societaria concreta.

5.3.-MAYORES COMPETENCIAS Y FUNCIONES.

El Proyecto amplía la competencia de los síndicos ya que, según nuestro criterio, les corresponde actuar en la liquidación sin quiebra de los fideicomisos insolventes (ver supra, nro.4.2).

Por otra parte, si bien limita la legitimación del síndico para atacar la vivienda familiar en nombre de la quiebra (ver infra, nro.6), ello no obsta a que el síndico pida la desafectación con fundamento en el abuso.

Por otra parte, la modificación habida en materia contable implica un ensanchamiento de las facultades de investigación del síndico, quien deberá determinar si se trata o no de un sujeto obligado a llevar contabilidad en los términos del art. 320 del Proyecto²⁸.

Así, en el caso de “personas humanas” deberá determinar si desarrollan o no ciertas actividades económicas, como son el ejercicio de una actividad económica organizada, la

27 Ver de los autores “Las sociedades entre profesionales para la prestación de servicios”, La Ley 2012-B, p.837

28 Ver de los autores “Los sujetos obligados a llevar contabilidad en el texto del código civil y comercial en trámite”, Errepar, DSE, nro. 302, Tomo XXV, Enero 2013, pag. 23

titularidad de una “empresa” y la titularidad de un “establecimiento comercial, industrial o de servicios”.

También deberá analizar si hubo eximición por el “volumen del giro” (320, segundo párrafo, in fine) o si no correspondiendo por ley se trata de un caso de “contabilidad voluntaria” (320, primer párrafo, in fine)

Además debe tenerse presente la ampliación de los supuestos fácticos en los que se admite la “contabilidad informática”, que puede alcanzar a las personas humanas (art. 329), lo que enfrentará al síndico a mayores situaciones con dichas características debiendo, en algunos casos, acudir al apoyo interdisciplinario.

Finalmente, cabe señalar que en materia de honorarios, el art. 1225, segundo párrafo, in fine, del Proyecto, mantiene la solución de morigerar la aplicación de la ley de aranceles por “desproporción”, hoy contenida en el art. 271, segunda parte, de la ley 24.522.

6.-REDUCE EL AMBITO DE LOS BIENES DESAPODERABLES

De diversas disposiciones del Proyecto surge que el ámbito de los bienes que pueden ser objeto de desapoderamiento en la quiebra, liquidación y reparto a los acreedores ha disminuido, alterándose los efectos del art. 108 LCQ.

En esa materia, el Proyecto de Código Civil y Comercial:

a) Excluye a los frutos de los bienes de los hijos.

Mientras el art. 108 inc. 3º actual excluye a los bienes en usufructo de los hijos pero incluye a los frutos, el art. 697 proyectado niega las rentas a los padres²⁹

b) Excluye a las indemnizaciones por daño moral y por daño material derivados de lesiones a la integridad psicofísica.

Es el art. 744 inc.f) del Proyecto y, en tal sentido, amplía los bienes excluidos del desapoderamiento por el art. 108 de la ley concursal.

c) Excluye el inmueble destinado a la vivienda del deudor con mayor amplitud que en el régimen de “bien de familia”.

Ello surge de los arts. 244 a 256 del Proyecto, pudiendo destacarse los siguientes cambios: Admite la afectación sin familia; Admite a los condóminos que no sean parientes; Es

29 Bilenca, Juana E. “Incidencia de la reforma de los códigos civil y comercial en el régimen concursal argentino”, Errepar, DSE, nro.301, diciembre 2012, t.XXIV, pag. 1230 y stes.

también beneficiario el conviviente; admite la subrogación real (cambio de la vivienda manteniendo la afectación); el producido del remate se entrega a los acreedores anteriores o al deudor, pero no a los acreedores concursales posteriores, negando legitimación al síndico concursal³⁰

7.-AMPLIA LA RESPONSABILIDAD FRENTE A LA QUIEBRA PERO REDUCE LOS SUPUESTOS DE EXTENSION AL SOCIO.

En materia de responsabilidades de representantes y terceros, el Proyecto simplifica la definición de “dolo”, estableciendo el art. 1722 que “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, superando la actual discusión sobre la configuración del “dolo eventual” frente a la exigencia del art. 173 de la LCQ³¹.

Sin embargo, el ámbito de la extensión de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada, del art. 160 LCQ, aparece reducido en su ámbito material frente a la casi desaparición de la responsabilidad ilimitada en materia societaria dada la reforma de la ley 19.550 que establece como regla la responsabilidad “simplemente mancomunada” (art. 125 del Proyecto de ley general de sociedades).

Finalmente cabe destacar que el proyecto es prolijo al incorporar expresamente como causal de impugnación de un contrato de fideicomiso a la acción de ineficacia concursal en el art. 1686³², lo que si bien la doctrina admite en la actualidad, no figura expresamente en el art. 15 de la ley vigente.

8.-ALTERA EL REGIMEN DE OBLIGACIONES, CONTRATOS Y PRIVILEGIOS FRENTE AL CONCURSO.

En las normas a que se hace referencia a continuación, se presentan en muchos casos previsiones del Proyecto que son contradictorias con las de la ley concursal.

30 Levy, Lea “La vivienda familiar en el proyecto de código civil”, en Jurisprudencia Argentina, Bs.As., junio 20 de 2012, JA 2012-II, Fasc.12, pag. 38 y stes.

31 Ver Boquin, Gabriela “Influencia del Proyecto de reforma del Código Civil en las acciones de responsabilidad concursal”, Errepar, DSE, Suplemento Especial, Septiembre 2012, pag. 22 y siguientes y en la obra colectiva “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012, pag. 463.-

32 Raisberg, Claudia E. “Apuntes sobre algunos aspectos relevantes del Proyecto de código civil y comercial de la Nación unificado y el contrato de fideicomiso”, Errepar, DSE, nro.299, octubre 2012, t. XXIV, pag.960 y stes.

Una reciente interpretación entiende que tales normas rigen solo cuando no hay insolvencia, y que si hay insolvencia siguen rigiendo las soluciones concursales actuales³³.

Por nuestra parte entendemos que en cada caso debe tenerse en cuenta si la ley común (Proyecto) prevé su aplicación incluyendo expresamente al concurso o quiebra o nada dice al respecto.

Así, si la propia legislación común (Proyecto) prevé una solución expresamente aplicable al concurso preventivo o a la quiebra, consideramos que ello es insoslayable y que implica una reforma o cambio a la normativa concursal.

En cambio, si ninguna referencia se hace a la situación concursal, regirán soluciones diversas, sin alteración del sistema concursal.

De todos modos, como se verá, en algún caso puede lograrse una interpretación flexible que salve la solución concursal vigente en tanto de mayor utilidad.

Algunos de los casos más relevantes para destacar en esta colaboración son los siguientes:

8.1.-CADUCIDAD DE PLAZOS POR CONCURSAMIENTO.

Según la actual interpretación del art.572 del código civil vigente, tanto la quiebra como el concurso preventivo producen la caducidad de los plazos vigentes.

En el art. 353 del Proyecto se establece expresamente, a diferencia de lo previsto para la quiebra, que “La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal”.

Aparece aquí una modificación de la situación vigente que deberá ser interpretada en sus justos términos dada la redacción final del párrafo legal.

8.2.-OPONIBILIDAD DEL BOLETO DE COMPRAVENTA.

El art. 1171 del Proyecto contiene una solución similar a la del actual art.146, segundo párrafo, con la diferencia de que exige expresamente “fecha cierta”, lo que no pide el texto actual pero sí la jurisprudencia predominante.

33 Ciminelli, Juan M. y Colle, Claudia M. “Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación ¿incide realmente en el ordenamiento concursal?, Errepar, DSE, nro.302, Enero 2013, t.XXV, pag.16 y siguientes.

8.3.-CONTRATOS A TÉRMINO.

El actual art. 153 de la LCQ dispone el derecho a la verificación de la diferencia en la quiebra a la fecha de la sentencia, y que si la diferencia es a favor del fallido se difiera el cómputo para el momento del vencimiento del plazo fijado.

El art. 1429 del Proyecto dispone que si el contrato es celebrado en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, autorizados y bajo control estatal, las normas dictadas por dicho organismo pueden prever el modo de liquidación “ante eventos como el concurso, la quiebra...” de una de las partes.

En tal caso, la solución reglamentaria podría ser distinta a la de la ley actual.

8.4.-EFECTOS DE LA QUIEBRA SOBRE LA PERSONA JURIDICA.

El art. 163 inc.e) del Proyecto dispone que la persona jurídica se disuelve por...”e) la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto”.

Similar solución se proyecta para el art. 94 inc.6° del Proyecto de Ley General de Sociedades.

Si bien las soluciones no coinciden con la letra del actual art. 94 inc.6° de la ley 19.550, son contestes con la doctrina hoy vigente sobre el tema, basada en los cambios de la ley de concursos.

8.5.-RESOLUCION DE CONTRATOS POR QUIEBRA.

El art. 1494 inc. c) establece que el contrato de agencia se resuelve “por quiebra firme de cualquiera de las partes”, en solución a la que remite el art. 1509 para el contrato de concesión y el art. 1511 para los contratos de distribución.

Tal solución, concordante con el art. 147 de la ley de quiebras, desatiende la hipótesis de “continuación de la empresa” donde es posible que se autorice el mantenimiento de los “contratos en curso de ejecución” (arts. 190 inc. 5° y 191 inc. 6° LCQ)³⁴.

34 Bruzzo, Mario “Algunas incidencias del proyectado código civil y comercial de la Nación en el régimen concursal, en la obra “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012, pag. 458; Ver también Llobera, Hugo O.H., “Resolución de los contratos de comercialización por insolvencia”, en la misma obra, pag. 67 y siguientes-

No obstante, pensamos que la “continuación de la empresa en quiebra” es una excepción no prevista por el texto “unificado” y que como tal sigue operando, máxime cuando podría considerarse no “firme” una quiebra continuado respecto de la situación de los contratos.

8.6.-DESCUENTOS POR PAGO ANTICIPADO.

Dice el art. 872 del Proyecto que el pago anterior al vencimiento del plazo no da derecho a exigir descuentos”.

Si bien la solución del art. 128 de la ley 24.522 es que “deben deducirse los intereses legales por el lapso que anticipa su pago”, entendemos que no hay contradicción ya que la primera solución se aplicará en las relaciones “in bonis” y la segunda en caso de insolvencia.

8.7.-RENUNCIABILIDAD DEL CREDITO LABORAL.

El art. 2575 del Proyecto, en su último párrafo, establece que “El privilegio del crédito laboral no es renunciable, ni postergable”.

Si bien el art. 43 de la ley concursal, en su décimo párrafo, dice que “...el privilegio que proviene de la relación laboral es renunciable...”, entendemos que la primera norma no modifica a la segunda ya que rigen en situaciones distintas: in bonis no es renunciable y en el concurso preventivo sí.

8.8.-PRESCRIPCION DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

El art. 2560 del Proyecto establece el plazo genérico de prescripción: “El plazo de la prescripción es de CINCO (5) años, excepto que esté previsto uno diferente”.

La mención sobre una posible excepción ha abierto una polémica con relación a los plazos de diez años que establecen algunos códigos fiscales provinciales para las obligaciones tributarias³⁵.

Si bien la Corte Suprema de Justicia, en el precedente “Filcrosa”, estableció la vigencia del código civil en la materia, la excepción ahora contenida reaviva la polémica.

35 Ver la defensa de la posición provincial en Bruzzo, Mario “Algunas incidencias del proyectado código civil y comercial de la Nación en el régimen concursal, en la obra “Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Legis, Bs.As., 2012, pag. 457.-

Por nuestra parte consideramos que continúa vigente el criterio de la Corte, que la prescripción es materia de la ley de fondo del Congreso de la Nación, y que las excepciones aludidas por el nuevo art. 2560 se refieren a otras disposiciones del Congreso Federal.

9.-CONCLUSIONES.

Siempre a título de propuestas interpretativas provisorias, sujetas a la dialéctica del pensamiento³⁶, a modo de síntesis brindamos a los lectores las siguientes conclusiones:

1.-Si bien en los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se afirma que éste no reforma a la ley de concursos y quiebras 24.522, lo cierto es que muchas de sus disposiciones impactan sobre el sistema concursal vigente generando importantes cambios.

2.-Entre tales cambios se destaca la ampliación de los sujetos concursales, dado que ahora integrarán esa categoría también las “sociedades anónimas unipersonales” y las “otras personas jurídicas a determinar”, según sus características. En cambio, y a pesar de ser ahora “personas jurídicas”, entendemos que ni las “comunidades indígenas” ni el “consorcio de propiedad horizontal” son sujetos concursables. En el primer caso, por su estatuto constitucional de “inembargable” y en el segundo, en razón de su estructura y finalidades.

3.-Una importante novedad es la introducción del procedimiento de “liquidación sin quiebra del fideicomiso insolvente”, donde consideramos que el fiduciario debe ser desplazado de la administración, debe intervenir el juzgado concursal, nombrarse a un síndico concursal de la lista y procederse a la liquidación de los bienes, sin otros efectos, pudiendo solicitar la apertura del procedimiento tanto las partes del fideicomiso como los acreedores.

4.-El Proyecto modifica la situación del síndico al clarificar su responsabilidad como solo “de medio”, al admitir expresamente la posibilidad de que los Estudios Clase A revistan forma de “contratos asociativos”, sin personalidad jurídica ni fiscal, y al ampliar sus funciones.

5.-En el texto proyectado el ámbito de los bienes desapoderados por la quiebra se reduce ante modificaciones en materia patrimonial y de protección de la vivienda, la responsabilidad concursal se amplía a partir de una nueva definición legal de “dolo”, que incluye a la “indiferencia por los intereses ajenos”, y los casos de extensión de quiebra al socio se reducen frente a la regla general societaria de responsabilidad “simplemente mancomunada”.

36 Los autores agradecerán comentarios al correo: emfavierdubois@favierdubois.pagnolo.com.

6.-Finalmente, existen varias normas aparentemente incompatibles en materia de obligaciones, contratos y privilegios que en rigor, y salvo algún caso, no lo son si se atienden criterios tutelares de interpretación finalista.

FINIS CORONAT OPUS