



EL FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA EN LA RESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS

**Dr. Roberto González T.
COLAFI, Punta Cana. Oct.18/2013**

I

ASPECTOS GENERALES

El Fideicomiso, Fiducia (como es llamado en Colombia) o Fideicomiso Mercantil como se denomina en Ecuador, tienen como características esenciales, dos elementos a considerar:

- 1) La transferencia irrevocable de dominio de bienes por parte del constituyente.
- 2) El patrimonio especial, autónomo, de afectación o dotado de personalidad jurídica que en definitiva constituye la entelequia integrada inicialmente por activos, pero que luego puede constituir una universalidad jurídica por los pasivos que en función de el encargo e instrucciones contractuales se vayan generando.

II UBICACIÓN DEL TEMA

Las variables podrían ser:

- Una compañía tiene obligaciones con acreedores y reestructura sus pasivos a través de un fideicomiso que manejará sus principales activos generadores de flujo de caja (cuentas por cobrar, ventas a plazo con distribuidores o compradores, documentos por cobrar, etc.) con miras a ir solucionando los pasivos.
- Una empresa tiene ya un fideicomiso de administración de sus flujos a favor de uno o más a acreedores y es el fideicomiso el que debe ser reestructurado (“nuevo vehículo empresarial”).
- Una empresa previene un concordato o concurso de acreedores, conviene con sus acreedores un fideicomiso que administre sus flujos de efectivo, de forma tal que sea una herramienta para reestructurar los pasivos y salvar una eventual bancarrota.

II UBICACIÓN DEL TEMA

- Una empresa dentro de un proceso de concordato o concurso de acreedores, conviene con éstos, en el mecanismo de fideicomiso para reestructurar sus pasivos; es decir, el fideicomiso constituye el acuerdo entre acreedores.
- Una empresa dentro de un proceso de concordato o concurso de acreedores, conviene en el uso del fideicomiso para enajenar ciertos activos improductivos que le permitan ir solucionando pasivos reestructurados con sus acreedores. Esta finalidad puede ir conjuntamente con un fideicomiso de flujos con fines de reestructuración como tal o de forma independiente.
- Una empresa, ya dentro de una liquidación, piensa en el fideicomiso como herramienta de enajenación de sus activos para honrar los pasivos pendientes. Dependerá de cada legislación.

III

FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA DE LA REESTRUCTURACION DE PASIVOS

© Las características en los fideicomisos de reestructuración de pasivos son las siguientes:

- a) En primer lugar el cumplimiento de todas las solemnidades inherentes al acto jurídico para su validez y como es lógico que exista buena fe entre las partes contratantes.

- b) Procurar que la reestructuración de pasivos se dé sin provocar un situación de mal estado de negocios para el constituyente y que no sirva de herramienta para perjudicar a terceros u otros acreedores ni como medio de fraude a la ley.

III

FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA DE LA REESTRUCTURACION DE PASIVOS

c) El deudor (constituyente) debe transferir irrevocablemente el activo generador de flujo de caja o efectivo. Si se trata de documentos a la orden, endosándolos; si nominativos cediéndolos y si están ligados con contratos causales, como por ejemplo compraventa de bienes o servicios o contratos de distribución, teniendo el cuidado de ceder los derechos.

d) Si el flujo de caja para su generación depende de la producción del deudor (constituyente), porque por ejemplo éste vende productos mes a mes, las correspondientes facturas que se vayan generando deberán ir cediéndose al fideicomiso mercantil, teniendo como fuente para ello haberlo convenido contractualmente y existiendo buenos controles e intercambio de información documental entre constituyente y fiduciario, a más de la aceptación previa de los compradores como ya se ha indicado.

III

FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA DE LA REESTRUCTURACION DE PASIVOS

- e) Debe incluirse el mecanismo de pago para el o los respectivos beneficiarios acreedores del constituyente (dependiendo de la calidad de los acreedores, podrían convenirse prelación, formas de pago y criterios de solidaridad activa cuando quepa o de obligaciones simplemente independientes de cada acreedor).
- f) Bien pudiera darse que los compradores a plazo del deudor se vinculen con los efectos del fideicomiso suscribiendo contratos de adhesión.
- g) Los pagos que hagan los deudores del constituyente al fideicomiso, deberán hacerse en cuentas del fideicomiso o en las oficinas de la fiduciaria.
- h) El fiduciario debe ser independiente del constituyente y de los beneficiarios acreedores del fideicomiso y contar con una administración profesional y ordenada. además rendir cuentas.

III

FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA DE LA REESTRUCTURACION DE PASIVOS

- i) El fideicomiso de reestructuración de pasivos puede combinarse con la existencia de garantías reales como hipoteca o incluir, en el mismo fideicomiso, activos fijos que sirvan como medio de caución a título de fideicomiso en garantía si en un momento dado fracasa la estructura financiera del fideicomiso. Esto tiene enorme relevancia, por ejemplo, para romper o no –convencionalmente– el carácter inembargable del fideicomiso respecto de las deudas del constituyente conforme a lo que se prevea contractualmente.
- j) En caso de liquidación del fideicomiso, el contrato debe contemplar mecanismos claros orientados hasta su extinción.
- k) En el contrato deberá incluirse si el fideicomiso es sólo un medio de pago o si además se convierte en codeudor solidario del constituyente frente a los beneficiarios acreedores.

III

FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA DE LA REESTRUCTURACION DE PASIVOS

- l) En el caso de beneficiarios múltiples deberán contemplarse, dependiendo la complejidad de la reestructuración, la existencia de una junta o comité de acreedores para la toma de ciertas decisiones con incidencia en el negocio del deudor. Fundamental es que tales beneficiarios, como acreedores, hayan convenido en novar sus obligaciones con el constituyente o establecer nuevos plazos, renunciando incluso a juicios ya iniciados o a interponer acciones independientes que puedan entorpecer el funcionamiento del fideicomiso.

- m) Es común incluir obligaciones de hacer y no hacer (“covenants”) a cargo del constituyente, con miras a mantener lo más constante del caso el flujo proyectado como mecanismo de reestructuración. Así por ejemplo, limitaciones al reparto de dividendos, a compra de negocios, a fusiones o escisiones, etc.

III

FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA DE LA REESTRUCTURACION DE PASIVOS

- n) En ciertos casos y con el objeto de evitar que los beneficiarios cambien, la fiduciaria podría tener en su custodia los títulos representativos de deuda o, viceversa, contemplar que los beneficiarios puedan ceder sus acreencias y sus derechos beneficiarios derivados del contrato de fideicomiso que son, de naturaleza accesoria a aquellos.

- o) Y muy importante para tratar de fortalecer todo el esquema y los pactos, en especial cuando hay múltiples beneficiarios acreedores, convenir mecanismos claros para la solución de controversias ante incumplimientos y problemas de interpretación (Mediación y Arbitraje Comercial). Riesgo Condición Resolutoria Tácita.

IVEL MOMENTO DE SU OTORGAMIENTO

a) Reestructuración de pasivos en buen estado de negocios del deudor constituyente.

Deber ser. Típica reestructuración de pasivos de un constituyente que compromete parte de su flujo de caja o activos en garantía, a favor de uno o más acreedores, pero que su instrumentación no afecta mayormente su solvencia o liquidez.

Se suele dar para mejorar condiciones de tasa y plazo o para ir solucionando determinadas operaciones crediticias de manera ordenada.

b) Reestructuración de pasivos en mal estado de negocios del constituyente antes de un concordato o concurso.

Riesgos:

Acción de Fraude (mala fe del constituyente)

Acción Paulina (mala fe del constituyente y fiduciario)

Inoponibilidad de Fideicomisos antes de apertura de concurso o concordato (leyes)

IVEL MOMENTO DE SU OTORGAMIENTO

En Ecuador la LMV dispone:

“Art. 123.- Acciones por contratos fraudulentos.- El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.”

Dos supuestos distingue la norma:

- 1) Que el contrato haya sido otorgado por el constituyente estando éste solamente en fraude, en perjuicio de terceros.
- 2) Que el contrato haya sido otorgado en virtud de un concierto fraudulento entre el constituyente y el fiduciario.

IVEL MOMENTO DE SU OTORGAMIENTO

● El Art. 123 abre un camino alternativo al de la acción pauliana, por las siguientes razones: a) El fideicomiso es un contrato oneroso, y para interponer una acción pauliana se requeriría a más del perjuicio, de la mala fe del otorgante y del adquirente (Art. 2370 No. 1 del Código Civil), lo que no es un requisito necesario para la acción de fraude.

b) La acción de fraude no necesariamente supone un perjuicio existente como sí se prevé para interponer la acción pauliana. Es decir que la acción de fraude podría interponerse ante el perjuicio potencial, derivado por ejemplo de la disminución dolosa o culpable del patrimonio del constituyente.

c) Porque se dice que para la interposición de la acción pauliana, el deudor debe haber llegado a estar en tan mal estado de negocios, que llegue a la cesión de bienes o a la apertura de un concurso de acreedores (Criterio distinto de CSJ); lo que no se contempla en el Art. 123 para la acción de fraude.

d) Prescripción de corto tiempo para la acción pauliana.

IVEL MOMENTO DE SU OTORGAMIENTO

FRAUDE A LA LEY (CAUSA ILICITA)

- La conducta fraudulenta del constituyente o de éste con el fiduciario, para perjudicar a terceros (“fraus creditoris”), sino que aglutina además la posibilidad de “fraude a la ley” (“fraus legis”), entendiéndose como tal a los negocios aparentemente lícitos por realizarse con sujeción a alguna ley en vigencia, pero que al final persiguen la obtención de un resultado análogo a un fin prohibido por otra norma imperativa, que sería la ley defrauda.

INOPONIBILIDAD ANTES DE CONCURSO O CONCORDATO (ECUADOR, CHILE)

- “Art. 26.- Actos jurídicos inoponibles.- Son inoponibles frente a los acreedores, sin perjuicio de la nulidad que pudiera afectar los siguientes actos jurídicos que se hubieren celebrado dentro de los ciento ochenta días anteriores a la fecha de presentación de la solicitud del concurso: a) Todo acto que implique la transferencia de dominio o constitución de derechos reales, incluyendo cualquier tipo de fideicomiso mercantil, celebrados entre la compañía y sus administradores, comisarios, representantes o los cónyuges o parientes de éstos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad

IVEL MOMENTO DE SU OTORGAMIENTO

- a) Reestructuración de pasivos dentro de un concordato o concurso.

En Ecuador, la misma Ley de Concurso Preventivo, dispone que la resolución de admisión al concurso dispondrá la prohibición, durante la tramitación del concurso, para constituir fideicomisos mercantiles.

Sin embargo, el numeral 6 del Art. 2 de la ley dispone que podrá celebrarse: “6. Cualquier otro que facilite la extinción de las obligaciones a cargo de la compañía deudora o que regule las relaciones de ésta con sus acreedores.”

Claro está que habrá que contar con el consentimiento de los acreedores, siguiendo las normas existentes para el efecto (previstas en el literal b) del Art. 30 de la Ley de Concurso Preventivo).

En legislaciones como la argentina, de darse este supuesto dentro de un concurso preventivo, se requeriría autorización judicial por ser un acto dispositivo. Para autorizarlo el Juez deberá ponderar si es conveniente para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores.

IVEL MOMENTO DE SU OTORGAMIENTO

b) Fideicomisos como herramienta dentro de liquidaciones de sociedades.

Es más usual que ciertas legislaciones bancarias hayan previsto la figura del fideicomiso como forma para transferir activos y pasivos de entidades bancarias previo a su proceso de liquidación. Así en el Art. 170 de la (LGISF) de Ecuador se establece en forma previa a declarar la liquidación forzosa de una institución financiera inviable, la JB dispondrá la suspensión de operaciones para viabilizar la exclusión y transferencia de los activos y pasivos a otra u otras instituciones financieras. Se agrega que para viabilizar la exclusión y transferencia de activos y pasivos se podrá disponer la transferencia de los activos excluidos a un fideicomiso que emitirá certificados de participación, que podrán ser recibidos por la Corporación de Seguro de Depósitos como contraprestación a sus aportes, pudiendo adquirirlos además instituciones financieras con base a normas reglamentarias existentes que complementan la ley.

En Argentina encontramos también el Art. 35 de la Ley de Entidades Financieras que establece que el propio Banco Central de la República Argentina (BCRA) podrá utilizar, entre diversas figuras jurídicas, un fideicomiso para liquidar entidades financieras, similar a lo previsto en Ecuador.

VCONCLUSIONES

- 1.- El fideicomiso como herramienta para la restructuración de pasivos es válido, se funda en la autonomía de la voluntad y puede otorgarse, en muchas legislaciones, aún dentro de procesos de concurso o concordato, siguiendo claro está las normas que para el efecto así lo posibiliten; todo dentro del concepto de la autonomía de la voluntad.
- 2.- Hay que tomar todos los recaudos del caso para que el mecanismo se funde en una administración independiente y profesional, ajena al constituyente y a los beneficiarios.
- 3.- Se puede combinar con cauciones reales con fideicomisos de garantía de otros bienes del constituyente o de adherentes que los transfieran para ese fin.
- 4.-El contrato debe contemplar mecanismos que aseguren su correcto funcionamiento y administración.
- 5.- Debe tenerse cuidado respecto del momento en que el acto jurídico se otorga por parte del constituyente mitigando los riesgos de perjuicio a terceros.

Muchas Gracias

Dr. Roberto González Torre

rgt@lex.ec



Guayaquil - Ecuador