

Garantías autoliquidables en el proceso concursal

Carlos María Gallardo

I.- Introducción [\[arriba\]](#) .-

El presente artículo se enfoca en la problemática que conlleva la ejecución de garantías que tienen potestad de autoliquidación, llevadas adelante de manera extrajudicial, en el marco de un proceso concursal abierto de su deudor.

Especial atención corresponde a las garantías reales que cuentan con un procedimiento especial de ejecución extrajudicial, en tanto la ley concursal regula específicamente esta situación respecto del momento en que se llevará adelante el control de legalidad de la garantía, se analizará entonces si resulta de aplicación el art. 23, o bien, el art. 32 de la LCQ.

Motiva el presente artículo la constante dinámica dada en la actualidad por los constantes cambios culturales, generacionales y en el mundo de la tecnología. Sumado a ello, la necesidad de la protección del crédito, el abaratamiento de éste, y la seguridad jurídica que se le otorga a puntuales instrumentos para el recupero de las acreencias.

Por su parte, esta dinámica obliga a repensar muchos institutos y principios básicos del Derecho Concursal, como ser la universalidad, las garantías frente a la par conditio, como asimismo los privilegios concursales -en especial éste por distintos fallos arribados en esta materia que serán descriptos-.

Se fundamentará y se analizará de manera pormenorizada ello para dar contexto a la conclusión que se arribe.

II.- Las denominadas garantías autoliquidables [\[arriba\]](#) .-

La característica de autoliquidable respecto de las garantías del crédito viene dada por su forma de ejecución sin intervención jurisdiccional de manera directa por parte del acreedor o un tercero autorizado en el marco de un procedimiento especial "privado". Esta calidad puede ser otorgada por ley o por autonomía de la voluntad -bajo amparo legal- para otorgar a ciertos negocios jurídicos efectos análogos a una sentencia judicial, en el sentido de una rápida liquidación del bien o de los bienes dados en garantía[1].

Surgieron en respuesta a la dificultad que acarreaban los procesos de recupero de crédito impago garantizados con garantías tradicionales. Esta cualidad, permite la exigibilidad a partir del incumplimiento del pago y habilita un proceso de realización y/o liquidación para recuperar el crédito.

A su vez otorga, en principio, rapidez al recupero en tanto no es necesario recurrir a una instancia judicial para obtener dicho crédito caído a través de la garantía de respaldo, como sucede en la ejecución de las garantías tradicionales.

Las garantías que tienen esta característica son:

- el fideicomiso de garantía, que es un negocio fiduciario, donde el dueño perfecto de uno o varios bienes determinados (fiduciante), se obliga a transmitir a otra persona

(fiduciario) el dominio fiduciario de dichos bienes, para garantizar una obligación, que puede ser propia o de un tercero. El fiduciario podrá utilizar el producido de los bienes para aplicarlos al pago del crédito (función de garantía), o directamente, podrá enajenar los bienes (en forma privada), y con su producido, honrar la deuda incumplida. Es decir, lleva adelante la ejecución del bien objeto de la garantía, sin que sea necesario la intervención judicial. Receptada en el art. 1680 del Código Civil y Comercial de la Nación.

- las garantías a primera orden o primer requerimiento, que es un acto jurídico unilateral en función de garantía, cuyo nacimiento surge de una declaración unilateral de voluntad recepticia que emite un garante, constituyendo una obligación de pagar cierta cantidad de dinero a un beneficiario (acreedor del contrato garantizado), por exigencia del deudor u ordenante del contrato garantizado, sin que puedan ser invocadas las excepciones o defensas que pudiera tener el deudor del contrato base basadas en el contrato que motivó la operación, sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera tener contra quien corresponda. Receptada en el art. 1810 del Código Civil y Comercial de la Nación.

- warrants, son las que garantizan un negocio donde un comerciante o productor industrial ofrece su producción en garantía para el futuro acreedor, depositándolas en un almacén, que se encuentra autorizado por el Estado para funcionar como tal. Contra el depósito el almacén expide un certificado que confiere la propiedad de dichas mercaderías, y que puede ser endosable para transmitirse a terceros; y un "warrant", que es una copia del certificado de depósito, que confiere un derecho de prenda, y su endoso permite al empresario depositante constituir este derecho real a favor de su acreedor para garantizar el crédito. Para el retiro de la mercadería, se deben acreditar tanto el certificado de depósito, como así también el warrant, ya que, si faltase la copia, implica que se ha constituido un derecho real sobre las mercaderías almacenadas. Asimismo, el tenedor del warrant, en caso de que no haya visto pagada su obligación, puede hacer vender los bienes depositados. La venta es extrajudicial, y estará a cargo del administrador del almacén, lo que se conoce como warrantera.

- el Lease-back, receptado en el CCCN art. 1231, sostiene que el bien objeto del contrato puede: (...) e) adquirirse por el dador al tomador por el mismo contrato o habérselo adquirido con anterioridad.

- la prenda con registro "privada" (art. 39, dec.-ley 15348/46, ratificado por ley 12962 y modificado según dec. 897/95). Donde el deudor confiere al acreedor derecho de cobrarse con privilegio sobre el producido de la subasta de bienes muebles, pero no se desprende de éstos.

- y la cesión de derechos en garantía, receptado en el CCCN art. 1615, puede ser un negocio fiduciario o una prenda de créditos dependiendo de la voluntad negocial de las partes (causa fin). El acreedor prendario (cesionario en garantía) adquiere la tenencia o cuasi-tenencia del bien cedido, no su propiedad, por lo que no puede servirse de él (v.gr. no puede cederlo; gravarlo; enajenarlo; etc.). No obstante, puede percibir los frutos o intereses que el derecho o crédito genere, pudiendo imputarlos al pago de la deuda, sin necesidad de pacto expreso en ese sentido (arts. 2225 y 2232, último párrafo, Cód. Civ. y Com.)[2].

- El depósito en garantía o back to back credits, entre otras.

III.- Crédito y derecho concursal [\[arriba\]](#) .-

La tutela del crédito es el objeto del derecho concursal. La ley concursal debe propender a la obtención de un mayor valor de los bienes para la satisfacción proporcional y la más amplia reparación del crédito de los acreedores, de allí su relación intrínseca.

El crédito es una herramienta que permite el desarrollo de la comunidad, es un factor determinante para la dinamización de la economía. La crisis que produce la falta de crédito repercute directamente en el desarrollo personal y colectivo. Frente a ello, el acreedor pretende seguridades firmes y fácilmente liquidables para lograr la satisfacción de su acreencia y el deudor aspira a ser protegido por normativas que descarten todo abuso[3].

Es así que, el crédito tiene la facultad de ser afectado a garantías como tutela conservatoria, para asegurar la existencia, certidumbre y eficacia de éste. Dicha tutela evita, o al menos reduce, los riesgos en caso de que el deudor no cumpla con la prestación debida; Comprende todas aquellas facultades del acreedor que permiten una eficaz defensa preventiva de su crédito, sea extrajudicial o judicial.

Ahora bien, en el derecho concursal Rivera[4] sostiene que existe una renovación de algunos conceptos básicos mediante un proceso de revisión dado por la crisis de principios como la pars conditio, la universalidad y de las garantías, entre otros.

Respecto de la primera -crisis de la igualdad-, es sabido que la igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los iguales que estén en las mismas circunstancias, y que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas condiciones, evitando distinciones arbitrarias.

Los privilegios en la ley concursal tienen, en principio, un orden cerrado y deben, también en principio, surgir necesariamente de la ley (art. 2574 del CCCN). Es importante destacar que en nuestro derecho positivo, tanto para la ley concursal como para el Código Civil y Comercial, es una calidad del crédito de carácter objetivo[5].

No obstante, en distintos fallos se ha decretado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la ley 24.522, otorgando privilegio general y especial por encima de todo otro privilegio a créditos que no revestían tal calidad[6].

En suma, la regla de igualdad entre acreedores (también consagrada por el CCCN en el art. 743) está regulada por la ley en cuanto al orden de cobrar con un grado de preferencia respecto de otro. Pero en distintos fallos este principio se ha puesto en crisis, son casos que, con acreedores concurrentes quirografarios o comunes se hicieron excepciones para permitir el cobro de unos antes que otros.

Se recuerda el caso de pronto pago de honorarios invocado por graves problemas de salud[7], o el pronto pago otorgado por la invocación de estado de vulnerabilidad y que su expectativa de cobro era mínima[8], o el pronto pago que se origina por juicio de daños por mala praxis médica y se otorga invocando la ley 26.061[9], o la reducción del plazo del pago[10], entre otros.

Respecto de la crisis del principio de universalidad, ella viene dada por las nuevas realidades de la actividad comercial, debido a que cada vez más frecuentemente nos encontramos frente a las insolvencias transfronterizas debido a la inmediatez de las operaciones contractuales, donde muchos acreedores se encuentran en distintos países por el fenómeno de la globalización por las nuevas tecnologías aplicadas a los contratos.

Pero sin ir a tal extremo, si entendemos al principio como el sometimiento que tienen todos los acreedores a las consecuencias del proceso, en el sentido del reconocimiento de sus créditos mediante la demanda vericatoria, muchas veces a distintos acreedores se los ha eximido de dicha carga con fundamentación legal, jurisprudencial y doctrinaria a la luz del art. 23 de la ley concursal, siendo ello el punto de análisis del presente trabajo.

En tercer lugar, para el derecho de las garantías, la renovación no resulta ajena en tanto las necesidades del comercio globalizado exigen que sean en su faz de ejecución expeditivas, menos costosas y sin la intervención judicial.

El citado autor sostiene que el Derecho de la insolvencia y el Derecho de las garantías tienen una relación tan íntima que al menos hasta cierto punto este último es un capítulo del primero[11], nótese que en el marco del concurso preventivo existen seguridades excluidas del fuero de atracción, de la suspensión de intereses y por regla general de los efectos del concurso, en función del requisito de la unanimidad para la aprobación del acuerdo preventivo.

IV.- El concurso preventivo frente a las garantías reales autoliquidables. ¿Corresponde la verificación del crédito? [\[arriba\]](#) .-

Sentadas las bases de la interrelación existente entre crédito, garantías, privilegios, principios y el proceso concursal preventivo, se analizará como cohesiona la ejecución de una garantía con la facultad de realización extrajudicial, en el marco de un proceso falencial.

La situación es límite, por un lado se encuentra la protección de la empresa, y por el otro, la tutela del crédito. En otras palabras, el interés del deudor, el interés patrimonial del acreedor garantizado con este tipo de garantía y la generalidad de los acreedores.

Lo primero que viene al pensamiento cuando pensamos en estos dos institutos es si en el proceso colectivo corresponde -o no- insinuar el crédito (conforme el art. 32 de LCQ) antes de la realización o ejecución de la garantía.

Al leer el texto legal referido nos encontramos con la siguiente expresión: “Todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios (...)”. El primer interrogante entonces será: ¿La voz “todos” tiene excepciones?

Este proceso de verificación que se realiza ante el síndico mediante una presentación para poner de manifiesto la calidad de acreedor se entiende que tiene los efectos de una demanda judicial. Es un proceso necesario, en el sentido de la carga que tienen todos los acreedores de concurrir y de conocimiento pleno. Asimismo, la carga

de solicitar la verificación de los créditos nace con la prohibición legal que inhibe la ejecución individual establecida por el art. 21, inc. 3 de la LCQ[12].

Ahora bien, la norma habla de ejecución individual, ¿se refiere a ejecución judicial o cualquier tipo de ejecución, sea judicial o extrajudicial?

Para dar respuesta a ello se debe precisar que, el artículo dice expresamente “juicios contra el concursado”, asimismo establece lo que se llama el fuero de atracción, por lo que se entiende que se está regulando acerca de ejecuciones judiciales y no la extrajudiciales.

Entonces, ¿los acreedores con una garantía de ejecución privada deben verificarse en el concurso? En su caso, ¿cómo lograrían cobrar su crédito?.

El artículo 23 de la LCQ regula específicamente las ejecuciones por remate no judicial, allí menciona solamente el vocablo acreedores con garantía real, por lo que no distingue entre acreedores con derechos reales de garantía (vg. hipoteca, prenda y anticresis) y con garantías reales en sentido amplio propiamente dichas.

Es preciso entonces establecer la extensión de las garantías reales, las que son aquellas donde existe una afectación específica de un objeto, ya sea de cosas, derechos, universalidades, para la satisfacción de un crédito.

En los derechos reales de garantía esa afectación proviene de un poder jurídico que su titular ejercita directamente sobre un objeto, teniendo facultad de persecución y preferencia y solo pueden constituirse por contrato formal (escritura pública -art. 1017, inc. a.-) y en seguridad de créditos -la obligación principal-, del cual resultan accesorias.

Mientras que, en las garantías reales en sentido amplio, dicha afectación proviene de una relación jurídica que asegura al acreedor la facultad de exigir la ejecución de la prestación que es el objeto de la obligación. Son ejemplos de este tipo de garantías, el lease back, warrant, el fideicomiso en garantía (opinión doctrinaria discutida[13]), prenda con registro "privada" (art. 39, dec.-ley 15348/46, ratificado por ley 12962 y modificado según dec. 897/95), la cesión de crédito en garantía, la prenda de créditos, entre otras.

Conforme un análisis sistemático de la ley concursal, en especial consideración al art. 21 in fine de la LCQ, donde menciona que “En las ejecuciones de garantías reales no se admitirá el remate de la cosa gravada (...), si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio”; se advierte entonces, que la norma contempla el supuesto de ejecución judicial de este tipo de garantías, que solamente poseen los derechos reales de garantía como la hipoteca y la prenda. Por lo que se concluye que no establece la carga vericatoria a las otras garantías reales que cuentan con un procedimiento “privado” de ejecución.

En segundo término, continuando con el análisis del art. 23 LCQ, se pone de relieve que la norma supone el derecho a ejecutar mediante remate no judicial bienes de la concursada.

Con esta afinación, la ley reconoce el derecho del remate extrajudicial del acreedor con garantía real sobre bienes del que ya se encuentra en un proceso concursal, lo dice expresamente. Y solo le exige en tal caso, el deber de rendir cuentas en el

concurso, dentro de los 20 días de haberse realizado el remate acompañando los títulos de sus créditos. Ello siempre y cuando no se hayan publicado los edictos de la resolución de apertura del concurso preventivo, -art. 27 LCQ-.

Se interpreta del texto legal que recién en esa instancia -dentro de los 20 días posteriores al remate- se debe acompañar el título del crédito y no antes (como ser en la presentación de la verificación de créditos). O, en otras palabras, tiene amparo legal la ejecución de la garantía privada sobre el bien de la concursada y la posterior presentación del título que lo acredita en el plazo para presentar la rendición de cuentas en el expediente.

Si la ejecución de la garantía tiene fecha de realización posterior a la publicación de edictos la norma exige comunicar la fecha, lugar, día y hora fijados para el remate, y el bien a rematar, acompañando, además, el título de su crédito. Circunstancia que reafirma lo anteriormente expuesto respecto del momento en que debe acreditarse el título que origina el crédito. Sino fuera así, la ley hubiera hecho silencio para la presentación del título, dejando que sea el momento el plazo previsto para la verificación del art. 32 LCQ.

Aún más, la norma confirma la situación descripta estableciendo una sanción pecuniaria del (1%) del monto del crédito por cada día de retardo en el caso de incumplimiento de la rendición de cuentas -ello, siempre y cuando haya mediado intimación judicial anterior-.

En el caso de existir un remanente debe ser depositado, una vez cubiertos los créditos, en el plazo que fije el juez. Nótese que la norma en todo momento protege y tolera la ejecución “privada”, así las cosas, se interpreta como un supuesto autorizado por fuera de los efectos del proceso concursal.

Rivera sostiene que el acreedor prendario de un título de crédito de un tercero puede percibir el crédito sin pedir verificación pues estamos en presencia de una garantía autoliquidable[14].

En el mismo sentido Cámara afirma que el acreedor asegurado con un gravamen real (se refiere a la prenda con registro) escapan al trámite largo y penoso del proceso universal. De manera que los créditos con garantía real pueden eludir la verificación de los créditos[15].

Por su parte Heredia sostiene que estos acreedores -con garantía real- contemplados en el art. 23 LCQ se encuentran excluidos de la carga de verificar. Por lo que, en dicha norma se encuentra perfilado, pues, un proceso de verificación de características propias, al establecer la rendición de cuentas acompañando los títulos del crédito[16].

Otro sector de la doctrina sostiene lo contrario, en el sentido de que estos acreedores deben insinuar sus créditos previamente ante la sindicatura, en tanto, sostienen que eludir el proceso de verificación y percibir directamente la acreencia está reñido por normas de orden público en cuanto vulnera la par conditio creditorum[17].

En cuanto a la jurisprudencia, el más alto tribunal ha resuelto que el carácter que tiene el trámite previsto por el art. 39 del dec. Ley 15.348/46 -prenda con registro “privada”, garantía, como se dijo, autoliquidable- sólo tiene por fin poner los bienes

a disposición del acreedor para que este proceda a su venta extrajudicial, razón por la cual no rige la obligación de verificar que impone la ley concursal[18].

En otro caso el concursado solicitó prohibir la ejecución de la garantía autoliquidable en el marco de un fideicomiso de garantía, con fundamento en que debe verificar su acreencia conforme al art. 32 LCQ para no afectar la par conditio. Ante el planteo se resolvió otorgar una medida precautoria por el término de 30 días, en tanto la ejecución importaría un efecto contrario en la actividad comercial de la pretensa concursada, en base al principio de la conservación de la empresa en crisis[19]. Se advierte que el juzgado suspendió la ejecución de modo temporal, pero en base a otro motivo del propuesto.

También se trae a colación un fallo donde el acreedor titular de un back to back credits ejecutó extrajudicialmente la garantía sin previamente verificar en el concurso de su deudor, conducta que no fue cuestionada por el tribunal[20].

V.- Conclusión [\[arriba\]](#) .-

La intervención jurisdiccional, entendida como el juicio previo que posibilita la ejecución en las garantías tradicionales (v.g. los derechos reales de garantía), no se encuentra en las garantías que tienen la cualidad de ser ejecutadas directamente, denominadas autoliquidables.

Hemos visto que en el proceso concursal la verificación de crédito opera como un juicio previo para la obtener el reconocimiento de la acreencia. También se puso de resalto que el espíritu de este tipo de garantías conllevan celeridad y seguridad en el cobro, por lo que debe ser compatibilizado con el proceso concursal colectivo.

Los efectos de la ejecución de este tipo de garantías se encuentran contemplados en la ley concursal -art. 23- que complementa y da un tratamiento especial en cuanto al proceso de verificación del art. 32. Asimismo, se diferencia de los efectos que otras garantías de ejecución judicial tienen en el marco del proceso -art. 21 in fine-.

Entendemos que nada obsta que, al momento de la rendición de cuentas donde se presenta el título para el debido control de legalidad, y como una especie de verificación de crédito, los acreedores, el síndico o el propio juez al examinar el título advierta algún vicio o defecto en la constitución que den lugar a la inoponibilidad, nulidad o la extinción del crédito, y solicitar el depósito de los fondos imputados al crédito en la cuenta de autos bajo apercibimiento de aplicación de una indemnización sustitutiva.

Entender de otra manera, en el sentido de cumplir con el rigor formal de verificar el crédito conforme el art. 32 LCQ, tornaría sin sentido a la obligación de rendir cuentas que impone el art. 23 LCQ, porque tal obligación demuestra que el acreedor puede ejecutar sin más porque no necesita esperar la sentencia verificatoria del art. 36 LCQ -, toda vez que, solo exige este requisito luego de ejecutar la garantía.

Además, si se exige la verificación en los términos del 32 LCQ se estaría solicitando el control de legalidad en dos tiempos distintos, lo cual, claramente la letra de la ley no lo solicita.

La figura de la rendición de cuentas que impone la ley concursal resulta suficiente para evitar abusos en la ejecución, como asimismo el cobro por duplicado. Porque por ejemplo puede presentarse a la verificación, posteriormente ejecutar la garantía y rendir cuentas; y por la verificación operada ser parte del acuerdo y cobrar. Esta situación, ajena a lo que solicita la ley es otra muestra que los acreedores con este tipo de garantías se encuentran exentos del proceso verificadorio prescripto por el art. 32 LCQ.

Repensar los institutos en el marco de todos principios en crisis que se vislumbran, permiten, no solamente poner de manifiesto distintas herramientas legales que favorecen a la realidad negocial que resultan muchas veces olvidadas y que escapan a los tediosos procesos judiciales, sino también encasillar nuevas formas de garantías que revisten las características que describe la norma del art. 23 de la LCQ.

Notas [\[arriba\]](#) .-

[1] Boretto, Mauricio, Las garantías autoliquidables, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 22.

[2] Heredia, Pablo, Cesión de derechos en garantía - Cita on line: RCCYC 10/2017 - TR LALEY AR/DOC/2289/2017

[3] Alterini, Jorge. H., Alterini Ignacio E., Alterini, María Eugenia, Tratado de los Derechos Reales, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo II, p. 757.

[4] Rivera, Julio Cesar, Renovación de principios estructurales del derecho concursal, p. 14.

[5] A diferencia de lo que sucedía con el Código Civil derogado donde se consideraba como un derecho del acreedor (carácter subjetivo).

[6] Institutos Médicos Antártida s/ quiebras/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.) Fallo de la CSJN del 26/03/2019

[7] Correo Argentino SA s/Concurso Preventivo s/Incidente de Verificación Tardía y Pronto Pago (por SEGURA, Carlos Alfredo) (JNPICom. CF 6, 2003)

[8] La Economía comercial SA de Seguros Generales y otro s. Quiebra Incidente de verificación de TULES, Yolanda Erminia (CNAp. Com. CF, Sala C, 2018)

[9] Obra Social Bancaria Argentina s/ Conc Prev s. Incidente de Pronto Pago (CNACom. CF, Sala D, 2013)

[10] Gonzalez, Feliciano s/ Verificación Tardía en Microo?mnibus Gral. San Martín SA. S. Concurso Preventivo. (CSPBA 1992/2003/2006)

[11] Rivera, Julio Cesar, Renovación .., op. cit. p. 27.

[12] Dirección general de rentas de la Prov. De Bs As. c/Ceralcos, SMC” Cam. Civ y Com de Junín del 27/02/1985

[13] Para muchos autores de reconocida solvencia jurídica, es una garantía personal. Para otros resulta una garantía real en el entendimiento de que, si la propia ley permite la constitución de un patrimonio de afectación separado (art. 242 in fine y 1685 del Cód. Civil y Comercial) como garantía de cumplimiento de una obligación - finalidad del contrato- con ello se está afectando específicamente un objeto (cosas, derechos, universalidades) a la satisfacción de un crédito, siendo esta una característica propia de las garantías reales.

[14] Rivera, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Concursal, 2 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, T. 2, p. 373 y ss.

[15] Cámara, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I, p. 577 y ss.

[16] Heredia, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2000, T. 1, p. 657 y 658.

[17] Nissen, Ricardo, Prenda de documentos y facultades del banco frente al concurso preventivo de la deudora prendaria, en L. L. 1995-C-201, p. 203.

[18] Banco Financiero Argentino SA c/ Criaderos y semilleros Rumbos SCA s/ secuestro prendario, CSJN, Fallos 310:928, del 12/05/1987.

[19] Dinar líneas aéreas SA s/ conc. Prev.; Juzgado 2 denom. Salta del 09/08/2002.

[20] Nieto y Cia. SAICA s/ Quiebra; Tercer juzgado de procesos concursales de Mendoza, 06/08/2007.