

El fideicomiso de Garantía frente al Concurso o Quiebra del Deudor Fiduciario

Cecilia Periales

Introducción [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene por objeto la problemática que representa el Contrato de Fideicomiso de Garantía con relación a su oponibilidad o no en el concurso preventivo del fiduciante/deudor, analizando específicamente la carga de verificar el crédito por parte del acreedor/ beneficiario, y en su caso, en qué carácter debe realizarse esta carga: como quirografario o privilegiado?

1. Consideraciones Generales [\[arriba\]](#)

El proceso concursal tiene como uno de sus principios el de la colectividad, es decir abarcar, a todos los acreedores, por lo tanto el beneficiario (y el fiduciario) no pueden hallarse ajenos a este proceso y ejercer sus derechos a espaldas del mismo.¹

Sin embargo, es importante destacar que comúnmente el beneficiario-acreedor tiene una expectativa de cobro superior al común de los acreedores. Dicha expectativa encuentra sustento en que en el fideicomiso de garantía el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes al fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél, designando como beneficiario al acreedor, para que en caso de incumplimiento, se pague la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria.²

La transmisión de propiedad (fiduciaria) del deudor - fiduciante al fiduciario, no libera al deudor de la obligación (sólo crea un patrimonio afectado al pago de esta última pero sin extinguir la relación crediticia) ni tiene efecto novatorio de la obligación garantizada.³

Bien sabido es que, la mayoría de los deudores antes de su presentación en concurso preventivo o quiebra (directa o indirecta), pasan por la etapa denominada de cesación de pagos, en la cual incumplen la mayoría de las obligaciones comerciales que han asumido.

Allí es cuando ante el incumplimiento, el fiduciario debe vender el patrimonio fideicomitado, no esperar a que el deudor-fiduciante, se presente en concurso preventivo o quiebra, y pasar por el procedimiento de verificación de créditos, como etapa necesaria y previa para luego enajenar los bienes fideicomitado. Eso vulnera el instituto jurídico que examinamos.

Alguien podría señalar que puede suceder que el deudor aún en cesación de pagos, no incumpla su obligación principal, y que un día el fiduciario y el beneficiario sean notificados de la presentación en concurso o del decreto de quiebra. Ese será, el disparador para que el fiduciario enajene los bienes, ya que ambos supuestos impedirán al deudor—fiduciante en adelante, realizar pago alguno.⁴

Si así no sucede, entra a jugar el instituto concursal que seguidamente analizare.

2. Verificación concursal del crédito garantizado mediante un fideicomiso [\[arriba\]](#)

La primera de tales cuestiones es la relacionada con el deber (o no) del acreedor - beneficiario en el sentido de verificar su crédito en el concurso preventivo. Es que aún dejando de lado tanto la letra del art. 32 de la ley 24.522 como el problema que surgiría en la hipótesis de que el crédito no sea incluido en el pasivo concursal,

la cuestión también se relaciona con el hecho de que si el acreedor - beneficiario no verifica su crédito, no participará en el proceso de aprobación (o rechazo) de la propuesta de acuerdo del deudor.⁵

I.- Postura a favor de la verificación.

Carregal se enrola en esta postura, y dice que producido el concurso (sea concurso preventivo o quiebra) del fiduciante-deudor, cuya obligación es garantizada a través de un fideicomiso de garantía, todos los acreedores deben formular ante el síndico el pedido de verificación de sus créditos en virtud de lo dispuesto por el artículo 32 y 126 de la ley 24.522.⁶ Kelly sostiene que corresponde al beneficiario-acreedor cumplir con esta carga, toda vez que las normas de fideicomiso no permiten interpretar que se ha eximido al beneficiario de cumplir con tal carga.

A favor de esta postura podemos hacer las siguientes consideraciones:

La constitución de un fideicomiso en garantía, aun consentida por el acreedor sin reserva alguna, no produce novación de la obligación garantizada ni significa, por ende, la extinción de sus otras obligaciones legales o convencionales. Ergo, no habiendo novación de la obligación, resulta procedente cumplir con la carga legal de verificar el crédito ante el concurso.⁷

Por tanto no podría predicarse que la constitución del fideicomiso ha excluido al crédito del pasivo concursal y, tampoco, que es un abuso de derecho la verificación concursal cuando existen bienes de afectación especial fiduciaria. En primer lugar porque la garantía puede renunciarse total o parcialmente (argumento del artículo 43, ley 24.522) o, incluso, resultar insuficientes los bienes fideicomitados y estar expedita la acción del acreedor respecto de sus otras garantías o, en su caso, de los bienes del deudor que respaldan a los créditos quirografarios.⁸

El juez concursal debe controlar la legalidad del crédito y la garantía otorgada, más allá de que la garantía sea autoliquidable o de que la realización del bien transite por canales extrajudiciales. Se acude en este sentido a lo reglado por los Arts. 36 y 126 de la ley de concursos y quiebras 24.522 (...) y al argumento "lege non distinguente non nobis est distinguere", es decir, donde la ley no distingue no corresponde hacerlo al intérprete".³ En este sentido se afirma, que el acreedor no puede cobrarse la garantía a espaldas del proceso falencial, pues siendo el crédito garantizado un pasivo del fiduciante/deudor (concurtido o fallido) no puede ser ajeno al art. 32 de la LCyQ.⁹

B.- Postura en contra de la verificación.

Algunos autores y cierta jurisprudencia han considerado innecesaria la verificación de la garantía (o del fideicomiso), sobre la base, principalmente, de que esa constitución importó la exclusión de los bienes objeto de la fiducia.

En este sentido se ha expedido la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial en el fallo de fecha 9 de septiembre del 2008, caratulado "Trenes de Buenos Aires"¹⁰. En esa oportunidad la Sala D determinó que el beneficiario-acreedor sólo tiene que denunciar la garantía fiduciaria en el concurso del fiduciante a simple título informativo, pero

nunca en calidad de privilegio o preferencia, porque se trata de una garantía que afecta un activo ajeno al patrimonio del concursado.

En sentido similar Heredia ha sostenido que: "el acreedor-beneficiario no deberá verificar su crédito en el proceso respectivo, ni rendir cuentas en el mismo caso de

remate no judicial, tal como sí sería exigible para el caso de los acreedores de garantías reales".

Por su parte, Camerini entiende que no existe tal carga en virtud de que los bienes del fiduciante-deudor fueron transmitidos en propiedad fiduciaria a un fiduciario, para que, en caso de incumplimiento de la obligación principal del fiduciante-deudor, el fiduciario los enajene y con su producido pague al beneficiario-acreedor. En ese sentido, la transmisión de los bienes al fiduciario por parte del fiduciante-deudor implicó que dejó de ser su propietario, por lo cual no forma parte del patrimonio del concursado, por lo que mal puede pretenderse que el beneficiario-acreedor deba verificar su crédito en el concurso preventivo del fiduciante, sino que debe solicitar rápidamente la enajenación de los bienes del fiduciario, ya que el concurso del fiduciante es la confirmación de su cesación de pagos, la que le es ajena en cuanto a la recuperación de su crédito.

Esta corriente doctrinal y jurisprudencial entiende que el fideicomiso constituye un patrimonio separado con un método previsto específicamente para su liquidación por lo que, en caso de insolvencia, se procede a liquidar el fideicomiso y repartir el producido entre los beneficiarios sin necesidad de intervención en el proceso concursal del fiduciante-deudor.¹¹

II.- Verificación de la garantía.

Nos queda analizar si habiéndose constituido un fideicomiso en garantía de un crédito por el deudor que posteriormente cae en concurso, el acreedor debe verificar también como "privilegio" la garantía que emana del fideicomiso.

Algunos autores han considerado innecesaria la verificación de la garantía (o del fideicomiso) sobre la base, principalmente, de que esa constitución importó la exclusión de los bienes objeto de la fiducia.¹²

Así se dispuso en el fallo "Trenes de Buenos Aires"¹³: que como los bienes fideicomitados han sido apartados del patrimonio del deudor-fiduciante (artículo 14 de la ley 24.441) resulta procedente reconocer el crédito simplemente como quirografario,

pues no existe garantía alguna en el patrimonio de la concursada.

Y agrega, que si bien el acreedor-beneficiario goza de una preferencia para el cobro de su crédito, la misma afecta un activo que no está en el patrimonio del fiduciante-deudor, sino en el patrimonio separado fiduciario.

El Tribunal aclara que el hecho de que el crédito se verifique con carácter de quirografario no implica el desconocimiento o la pérdida de virtualidad de la preferencia que goza el acreedor sobre los bienes fideicomitados. Por lo tanto, en esa inteligencia debe ser verificado con carácter de quirografario eventual.

Así, la Sala E ratifica el criterio sentado en el fallo "Cash"¹⁴ donde se declaró procedente la verificación realizada por el Banco Hipotecario de su crédito en calidad de quirografario por el eventual saldo insoluto luego de la realización de la garantía.

En sentido similar se ha dicho que el acreedor con garantía fiduciaria debe verificar su crédito eventual como quirografario, absteniéndose de votar, precisando el deber del fiduciario de abstenerse de proceder a la ejecución de la garantía mientras esa verificación no se lleve a cabo.

Carregal aclara que pese a que el artículo 239 de la Ley 24.522 dispone que sólo gozan de privilegio los créditos enunciados en el capítulo respectivo, corresponde

recordar que entre la sanción de la ley dicha ley y la Ley 24.441 transcurrieron sólo unos pocos meses, respondiendo ambas disposiciones a un contexto de discusión diferente, por lo que resulta comprensible que el legislador no haya reparado, al dictar la ley de concursos y quiebras, sobre la oportunidad de incluir entre los privilegios una referencia expresa al fideicomiso empleado como garantía.

Agrega dicho autor que la doctrina nacional se ha ocupado en el pasado de señalar el criterio relativo del artículo 239 de la ley de concursos y quiebras y que dicha interpretación es sustentada por lo dispuesto por el artículo 126 que dice: "Todos los acreedores deben solicitar la verificación de sus créditos y preferencias (...)". El empleo del término preferencia y no privilegios autorizaría a sostener que si bien todos los privilegios especiales son preferencias, no todas las preferencias serían privilegios especiales en sentido estricto (dado lo señalado por el artículo). Sin embargo, en la medida en que afectan el derecho al tratamiento *pari passu* que en principio asiste a los demás acreedores sobre el valor patrimonial en consideración —que pertenece al concursado o a la masa—, en todos los casos tales preferencias deben ser sometidas a verificación. Este criterio resulta compatible con la improcedencia de verificar preferencias o privilegios que deban hacerse efectivos sobre patrimonios de terceros ajenos al concurso (casos de garantías personales o reales otorgadas por terceros en seguridad de obligaciones contraídas por el concursado). La verdadera preferencia que confiere la garantía fiduciaria a favor de su beneficiario es la de evitar el reingreso del bien fideicomitido al patrimonio del deudor o de la masa hasta ser cancelado su crédito, sea por haberse operado la extinción de la obligación o por la ejecución o realización del bien afectado. De allí que en última instancia quien soporta la preferencia es siempre el patrimonio del fiduciante-deudor y si éste es además el concursado, corresponde que esa preferencia sea verificada como tal, asimilándola a un privilegio especial.¹⁵

Otros, militan la solución contraria por las siguientes razones: a) En primer lugar, ciertas normas legales, que son claramente aplicables. Así el art. 11, inc. 5 obliga al deudor a presentar una nómina de acreedores, "codeudores, fiadores o terceros obligados o responsables, o privilegios"; el art. 32 de la ley 24.522 requiere que quien pretenda verificar sus créditos, denuncie monto, causa y privilegios. Por otro lado, si se pretendiera que quien brinda garantía es un tercero (el fideicomiso), esto no es exacto en cuanto al fideicomiso no es persona, pero de estimarse que es el fiduciario o el patrimonio separado quien garante (porque si bien ya no es el deudor), ese presunto tercero debería también verificar (art. 32, primer párrafo, ley 24.522).

b) El resultado de la solución contraria enfrenta dos alternativas insostenibles. La primera, significaría que el acreedor con garantía de un fideicomiso constituido por el deudor, se verificara como acreedor quirografario, lo que es inexacto porque tiene una garantía constituida por el deudor sobre bienes que integran su patrimonio y que tienen vocación eventual de retornar al mismo. De otro lado, si el crédito fuere quirografario, podría intervenir en las decisiones del concurso en tal carácter, lo que resultaría inequitativo para los demás acreedores. Sería inequitativo para él si se lo sometiera a las reglas del acuerdo o a las de distribución del concurso, afectando su crédito sin poder utilizar su garantía. Esto último desnaturaliza el fideicomiso y es insostenible.

Tampoco es imaginable la perduración o la ejecución de una garantía de un crédito desestimado o de la parte rechazada por el juez.

Finalmente, señalemos que la carga de verificar la garantía no es obstativa para el acreedor ni implica una rémora en el ejercicio de su derecho ni lo desnaturaliza.

En efecto, en el concurso preventivo, se ha afirmado que no es materia del proceso de verificación la eventual inoponibilidad concursal de la garantía; por tanto, si la verificación del crédito es insoslayable -como hemos visto- nada se agrega a su carga procesal ni importa perjuicio en el ejercicio de su derecho. En la quiebra, hay asentimiento doctrinario en que puede pretenderse, dadas las condiciones legales y en la etapa pertinente (no en la verificación del crédito), esa inoponibilidad, por lo que no parece tampoco afectarse específicamente la garantía por requerirse su verificación.¹⁶

3. Conclusión [\[arriba\]](#)

A través del desarrollo del presente trabajo, intente hacer una síntesis acerca de las diferentes corrientes de pensamiento acerca de la actuación del Fideicomiso de Garantía en la Quiebra o Concurso del deudor/ fiduciante.

El fideicomiso en si, con sus diferentes variantes, es un contrato que se puede adaptar a un montón de situaciones diversas. Una de ellas es la que tiene finalidad de garantía, que el nuevo Código Civil prevé expresamente. Ahora bien, para aprovechar su utilidad, me parece importante, que al momento de redactarlo se prevean cláusulas que eviten llegar al acreedor beneficiario a tener que incorporarse al proceso concursal.

Sin perjuicio de esto, y en relación al tema en análisis, puedo llegar a la conclusión afirmativa acerca de la necesidad de verificación del crédito. Considero esto así, en virtud de que, a pesar de que el beneficiario tiene garantizado el cobro de su acreencia, no puede desarrollar su ejecución a espaldas del juez concursal. Este debe controlar su legalidad y permitir que los demás acreedores y síndicos formulen las observaciones pertinentes.

Es más, sostengo mi postura, incluso en beneficio del propio acreedor, quien de no verificar, quedaría al margen del proceso de votación de la propuesta de acuerdo preventivo (en el caso de que transitemos esta etapa), o incluso, no cobraría y correría el riesgo de quedar insatisfecho en el caso de no poder ejecutar su garantía.

Es en este sentido que considero que la verificación debe tener carácter eventual. Es decir, sujeta la inexistencia o insuficiencia del producido de los bienes fideicomitados para cobrar su acreencia.

En lo que respecta a la verificación de la garantía, considero que debe realizarse en el carácter de quirografario. La principal razón para sostener esta postura, es que el bien ha salido del patrimonio del deudor.

Es de la misma ley de la que surge el principio de legalidad en materia de privilegios, y al no estar contemplado el fideicomiso, no lo podemos considerar como privilegio.

Notas [\[arriba\]](#)

- 1.- Gustavo Estasia y Luis Maria Games, “El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra”, El Derecho, 29/10/2001.
- 2.- J. Ricardo Balestra, “Acerca de la carga de verificar el crédito garantizado con un fideicomiso de garantía y la preferencia emanada del mismo”, La Ley 24/02/2011, 24/02/2011,
- 3.- La Ley 2011-A, 530 3.- Arturo C. Giovenco, “Fideicomiso de garantía: un importante fallo”, La Ley 05/02/2009, 05/02/2009, La Ley 2009-A, 357 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2009, 551

- 4.- Marcelo A. Camerini, "La verificación de crédito como mecanismo de desnaturalización del fideicomiso de garantía", La Ley 25/08/2008, 25/08/2008, 6 - LA LEY2008-E, 155.
- 5.- Arturo C. Giovenco, "Fideicomiso de garantía: un importante fallo", LA LEY 05/02/2009, 05/02/2009, 4 - LA LEY2009-A, 357 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2009, 551.
- 6.- J. Ricardo Balestra, "Acerca de la carga de verificar el crédito garantizado con un fideicomiso de garantía y la preferencia emanada del mismo", La Ley 24/02/2011, 24/02/2011, 4 - LA LEY2011-A, 530.
- 7.- J. Ricardo Balestra, "Acerca de la carga de verificar el crédito garantizado con un fideicomiso de garantía y la preferencia emanada del mismo", La Ley 24/02/2011, 24/02/2011, 4 - LA LEY2011-A, 530.
- 8.- Hector Alegría, "Fideicomiso en garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante)", La Ley 2004-D, 847 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 317.
- 9.- Silvio V. Lisoprawski, "Ineficacia de pleno derecho de un fideicomiso en garantía", La Ley 07/02/2012, 07/02/2012, 4 - La Ley 2012-A, 227.
- 10.- CNAp.Com., Sala D, 09/09/2008, "Trenes de Buenos Aires S.A. s/conc. prev.", La Ley, 10/12/2008.
- 11.- J. Ricardo Balestra, "Acerca de la carga de verificar el crédito garantizado con un fideicomiso de garantía y la preferencia emanada del mismo", La Ley 24/02/2011, 24/02/2011, 4 - LA LEY2011-A, 530.
- 12.- Hector Alegría, Fideicomiso en garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante), La Ley 2004-D, 847 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 317.
- 13.- CNAp.Com., Sala D, 09/09/2008, "Trenes de Buenos Aires S.A. s/conc. prev.", La Ley, 10/12/2008.
- 14.- CNAp.Com., Sala E, Cía. de Serv. Hipotecarios S.A. (CASH) s/conc. Prev, La Ley, 30/04/2008.
- 15.- J. Ricardo Balestra, "Acerca de la carga de verificar el crédito garantizado con un fideicomiso de garantía y la preferencia emanada del mismo", La Ley 24/02/2011, 24/02/2011, 4 - LA LEY2011-A, 530.
- 16.- Hector Alegría, Fideicomiso en garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante), La Ley 2004-D, 847 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 317.