

## El deber de verificar del acreedor beneficiario del fideicomiso de garantía

María Gisele Cano

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

El fideicomiso de garantía constituye una de las herramientas más versátiles y ágiles para afianzar una obligación.-

Dentro del universo de grises en que se desenvuelve el fideicomiso de garantía, lo único seguro es que el contrato no se resuelve con el concurso o la quiebra, sino que continua de pleno derecho. Ello es así por imperio de los art. 1685 y cctes. del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC), antes art. 14, 15 y cctes. la Ley de Fideicomiso (Ley 24.441, en adelante LF).-

Entonces, ante el concurso o la quiebra del fiduciante los acreedores concurrentes no pueden agredir el patrimonio fideicomitado, pues se encuentra desafectado del patrimonio falencial. Sin embargo, no se puede responder con idéntica certeza qué ocurre, en tal supuesto, con aquella obligación que este contrato viene a garantizar.-

Por ello el objeto del presente consiste específicamente en estudiar los fundamentos del deber del acreedor beneficiario de verificar su crédito ante el concurso o la quiebra del deudor fiduciante, partiendo de la hipótesis de que el proceso afecta las obligaciones existentes al momento de su declaración entre el deudor y sus acreedores, conforme art. 32 y 200 de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante LCQ), con absoluta independencia de cuál sea la garantía que oportunamente se haya conferido en su beneficio.-

Lo ateniendo a los deberes, cargas y obligaciones del fiduciario ante el concurso o la quiebra del deudor fiduciante no serán materia de análisis por exceder el marco del presente informe.-

### II. Concepto. Regulación legal [\[arriba\]](#)

#### II.1.- Fideicomiso de garantía.-

“Describimos el fideicomiso de garantía como el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquel o de un tercero; designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, se pagará según lo previsto en la convención fiduciaria”[1]. El fin de este fideicomiso consiste en que si no se cumple la obligación garantizada, el fiduciario afecte a su pago los bienes que integran el patrimonio fiduciario[2].-

Sin perjuicio de las divergencias doctrinarias, a los efectos del presente se adopta la postura que sostiene que la garantía fiduciaria es de tipo personal y no real. Ello por considerar que si bien afecta al objeto de la garantía, el acreedor no tiene acción directa

contra este para satisfacer su crédito, sino contra el fiduciario para exigirle el cumplimiento de la manda fiduciaria, removerlo y hasta exigirle los daños y perjuicios ocasionados.-

La doctrina lo reconoce como una especie dentro del género fideicomiso, ahora expresamente reconocido por el CCC, que al respecto determina en el art. 1680 que: “Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes”-.

El legislador no quiso dotarlo de un status específico con una regulación más extensa. Entendió que los principios generales son más que suficientes. Ello pone un punto final a la discusión que promovieron pocos –muy pocos– autores acerca de su ilicitud como mecanismo extrajudicial de liquidación de garantías[3].-

También se resuelve la controversia doctrinaria vinculada a la posibilidad de reunir en un mismo sujeto las calidades de fiduciario y beneficiario, contando ahora admisión expresa (art. 1671 CCC).-

En cuanto al eje central del presente, el CCC no aporta claridad atento que no resuelve que ocurre con el fideicomiso de garantía ante el concurso o la quiebra del deudor fiduciante.-

#### *II.II.- Patrimonio de afectación especial.-*

Uno de los efectos de esta figura contractual consiste en la formación de un patrimonio diferente del de las partes que lo integran, de modo tal que los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y del fiduciante, salvo la acción de fraude (art. 1685 y cctes CCC, antes art. 15 LF).-

Ello significa “la imposibilidad de agredir los bienes fideicomitados por los acreedores del constituyente o fiduciante, como asimismo los del beneficiario, por la sencilla razón de que no son acreedores del fiduciario con motivo del fideicomiso”[4].-

Este contrato genera un sistema de aislamiento que guarda relación con la seguridad de los bienes transmitidos al fiduciario, para aventar el riesgo económico. Por medio de este aislamiento, existe la posibilidad de rechazar la acción de los acreedores del fiduciario, por deudas no vinculadas con la fiducia. Claro que, esta intangibilidad patrimonial contiene como lógica excepción el caso de fraude, por vía de la acción de fraude y la revocatoria del acto fraudulento[5].-

#### *II.III.- La esencia autoliquidable de la garantía fiduciaria.-*

El fideicomiso de garantía se encuentra dentro de ese gran rubro o parámetro sistemático de las llamadas “garantías auto-liquidables”[6], es decir, aquellas que sin necesidad de recurrir a una subasta judicial, permiten por un procedimiento de liquidación inmediata, realizar el bien objeto de la cobertura y aplicar su producido al crédito garantizado.-

Ante el incumplimiento del deudor corresponde al fiduciario dar cumplimiento al procedimiento liquidatorio previsto contractualmente. El propio art. 1680 CCC, en ausencia de previsión contractual, faculta al fiduciario a elegir el camino de la acción, optando entre la vía judicial o la privada para disponer del contenido de la garantía, "...asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes".-

El fiduciario no "ejecuta" la garantía, sino que ante el incumplimiento del deudor cumple con las instrucciones y la finalidad del contrato, en una de sus alternativas. La otra sería restituírle al segundo los bienes si cumple con la prestación garantizada. La aclaración no es vana, pues al tener la expresión "ejecución" más de un empleo y sentido, su utilización dio pie a los detractores de la figura a asociar el cumplimiento del contrato de fideicomiso con la función jurisdiccional de ejecución de los bienes del deudor para el cobro de acreencias, y con ello reprochar al fiduciario la violación del derecho constitucional de la defensa en juicio. Aunque esta postura tiene escasos adherentes, no está demás insistir en lo dicho[7].-

Si bien la liquidación extrajudicial es la forma privilegiada por la ley, existen ciertos supuestos en los que el trámite judicial deviene ineludible: cuando así lo disponga el contrato de fideicomiso, en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender obligaciones del fideicomiso conf. art. 1687 CCC, cuando se den los supuestos previstos por el artículo 3465 CCiv, art. 2371 CCC, ante hipótesis de conflicto, cuando el fiduciario así lo decida, en los casos de aplicación del art. 59 CCiv, hoy art. 103 CCC, entre otros[8].-

Sin ahondar en la cuestión por exceder el marco del presente, respecto del nuevo régimen instaurado por el CCC en su art. 1687 para el supuesto de insuficiencia del patrimonio fiduciario para atender a sus obligaciones dice Lisoprawsky "que para no encorsetar el fideicomiso directamente dentro del régimen concursal, el legislador buscó una solución más flexible que fuera compatible con las características de multifuncionalidad de la figura, como continente o articulador de una variedad de negocios. Entendemos que la solución legislativa le da al juez la herramienta normativa de la LCQ y a la vez la posibilidad de emplearla de acuerdo a la especial naturaleza del fideicomiso y a las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, opinamos que la norma marca un límite: no debería aplicarse linealmente la regulación de la LCQ, porque la figura no fue incorporada a ese régimen, aun cuando se autorice la aplicación de sus disposiciones "...en lo que sea pertinente". Asimismo, la lógica indica que si se aplicara la normativa falencial en forma indiscriminada, sin diferencia con un proceso de quiebra típico, estaríamos violando la voluntad del legislador que no quiso incluir el patrimonio fiduciario dentro de los supuestos del art. 2 de la ley concursal"[9].-

### **III. El supuesto del concurso o la quiebra del deudor fiduciante. Posiciones doctrinarias [\[arriba\]](#)**

Se han generado una serie de interrogantes ante el caso concreto de concurso o quiebra del deudor fiduciante, entre ellos: la carga del acreedor beneficiario de acogerse al procedimiento de verificación; el carácter quirografario o privilegiado de éste; el carácter firme o condicional de la insinuación; la aplicación de los efectos novatorios al fideicomiso; la posibilidad de suspender la realización del bien fideicomitado durante el concurso preventivo y antes de la verificación; como así también la de adoptar medidas cautelares

por el juez concursal en tal sentido, en particular cuando se afecta la continuidad empresaria[10].-

Como hemos puntualizado en la introducción, nos avocaremos a la dicotómica doctrina elaborada en torno a la carga del acreedor beneficiario de insinuar su crédito mediante el procedimiento de verificación, para luego profundizar en los argumentos, a criterio de esta autora, que lo fundan.-

*III.I.- El acreedor beneficiario no tiene la carga de verificar su crédito en el concurso o la quiebra del deudor fiduciante.-*

Kiper y Lisoprawsky, en sentido negativo al deber de verificar del acreedor beneficiario, consideran que los bienes fideicomitidos no están comprendidos en el principio de universalidad y por ende no son alcanzados por el concurso preventivo o la quiebra del fiduciante. Salvo para prevenirse frente a la eventualidad de que los bienes fideicomitidos (o su producido) no alcancen para satisfacer al acreedor insatisfecho, garantizado por un fideicomiso. Entonces el acreedor puede perseguir directamente el cobro de su crédito contra el patrimonio fiduciario sin la exigencia de verificar en el pasivo concursal, o bien hacerlo informando al concurso los pagos recibidos del fiduciario. Esto último por rigor del principio de buena fe, toda vez que a medida que el crédito se vaya disminuyendo, lo propio ocurrirá sobre el pasivo concursal[11].-

No existe para el acreedor beneficiario la carga de insinuarse en el pasivo concursal como se exige a los acreedores prendarios e hipotecarios. Tampoco se corre el riesgo, ínsito en la realización de las garantías reales, de la suspensión temporaria de la subasta de los bienes gravados. Solo podrá ser cuestionada por vía de revocatoria concursal, como consecuencia de la no oposición de los actos perjudiciales a los acreedores del concurso[12].- 5

En este sentido se ha dicho que, “el acreedor garantizado con fiducia de garantía goza de pago preferencial sobre los demás acreedores del deudor. No en virtud de un privilegio sobre la cosa, sino simplemente porque los bienes no están en el patrimonio del deudor, sino en el patrimonio separado del fiduciario. El bien que sirve de asiento de la garantía ya salió del patrimonio del deudor-fiduciante. Ergo, el beneficiario del fideicomiso de garantía, no tiene que verificar su crédito en el concurso del fiduciante o constituyente del fideicomiso de garantía”[13].-

En esta tesitura, el Dr. Pablo Heredia dice que el acreedor beneficiario no debe verificar su crédito para hacer efectiva su garantía porque el patrimonio fiduciario no forma parte de la masa concursal del fiduciante, (arg. art. 14 LF, hoy art. 1685 CCC), declarando la ley que los acreedores del fiduciante no pueden agredir los bienes fideicomitidos (art. 15 LF, actual art. 1686 CCC). Eventualmente el acreedor podría verificarse si, liquidado el patrimonio fideicomitido en garantía quedara un saldo insatisfecho. Lo contrario implica la desnaturalización del fideicomiso de garantía como garantía autoliquidable[14].-

*III.II.- El acreedor beneficiario tiene la carga de verificar su crédito en el concurso o la quiebra del deudor fiduciante.-*

Esparza y Games plantean serios y fundados argumentos sobre la base de los principios concursales de colectividad y universalidad en sostén del deber del beneficiario acreedor de

verificar en la quiebra o concurso del deudor fiduciario. El primero en sentido de 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. Desde la perspectiva de la universalidad, el deudor concursado o fallido fiduciante, conserva bajo determinadas condiciones (en caso de cumplimiento) el derecho al recupero del bien en forma total (o parcial) si se ha ejecutado y liquidado y hay remanente[15]. Reconociendo que temporalmente pueden no coincidir los tiempos procesales del concurso con los del comercio, los autores proponen como principio de solución, la aplicación analógica del art. 23 LCQ.-

Jurisprudencialmente, siguiendo esta doctrina, se ha dicho que “la constitución de un fideicomiso en garantía no produce la novación ni extinción de la obligación garantizada (salvo previsión contractual en contra[16]). Por efecto del fideicomiso no media alteración del objeto o de la causa de la obligación, por lo que la fiduciante -concurada- no queda liberada. En función de ello, la verificación y el reconocimiento del crédito en el pasivo se encuentra plenamente justificada. La parte beneficiaria del fideicomiso, dentro del procedimiento concursal, resulta titular de un crédito condicional, también sometido a la carga verificatoria, aun cuando todavía no se encuentre expedita su percepción por vía concursal (cfr. art. 32 de la ley 24522)” [17].-

La novación de la obligación principal no constituye un efecto natural del fideicomiso de garantía, por lo que no se presume. Debe estarse a las disposiciones convencionales establecidas por las partes, que válidamente pueden pactarla.-

En esta línea, al resolver la oponibilidad a los créditos laborales verificados en el concurso de un contrato de fideicomiso suscripto por la concursada donde se transfirió el dominio fiduciario de una cantidad de toneladas de madera a favor del fiduciario y los trabajadores, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha resuelto que éste no resulta oponible “atento que en ninguna cláusula del contrato referido se advierte contemplada en forma expresa la novación de las obligaciones de la concursada de origen laboral, ni su extinción por efecto de la celebración del fideicomiso. Máxime cuando la novación y la renuncia no se presumen, y no se advierte manifestación expresa de los acreedores o sus representantes de liberar a la concursada[18]”.-

#### **IV. Fundamentos de la carga de verificar del acreedor beneficiario [\[arriba\]](#)**

Al respecto de las tesis planteadas, y en orden a fundar la postura adoptada por esta autora, considero esencial partir del análisis de la estructura obligacional.-

##### ***IV.1.- Estructura obligacional.-***

Vínculo entre la obligación garantizada y el contrato de fideicomiso de garantía.- Siguiendo la letra del CCC las obligaciones principales son aquellas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. De este modo, los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor (conf. art. 856 CCC).-

Ello implica que la extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extingue los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario (art. 857 CCC).-

Si el fideicomiso de garantía es la herramienta jurídica contractual mediante la cual un deudor actual o potencial trasfiere fiduciariamente uno o más bienes a un fiduciario con las instrucción de mantener su propiedad y administrarla, designando como beneficiario al acreedor, para destinar los bienes o su producido a atender las obligaciones garantizadas que no sean cumplidas, sean ellas anteriores, concomitantes o futuras respecto del fideicomiso de garantía[19]; válidamente puede concluirse que la razón de ser del mismo es la obligación garantizada.-

En este sentido, “forzoso será aplicar lo dispuesto en los arts. 856 y 857 CCC, lo que inexorablemente nos conducirá a calificar la obligación del fiduciario frente al acreedor beneficiario como accesoria de la obligación del deudor con este”[20].-

Corolario de lo dicho, ante la nulidad, ineficacia o extinción de la obligación garantizada quedarían extintos los derechos y obligaciones emergentes del fideicomiso de garantía en su calidad de obligación accesoria.-

#### *IV.II.- La obligación accesoria.-*

La causa del fideicomiso de garantía.- Relevancia.- Determinar la naturaleza accesoria del fideicomiso de garantía en relación con el crédito garantizado “resulta relevante particularmente en la etapa de verificación de créditos, puesto que puede determinar si el beneficiario acreedor tiene la carga de verificar su crédito en el concurso o quiebra del fiduciante. En concreto, si el incumplimiento de dicha carga, normada en el art. 32 LCQ acarrea demerito tanto para él como para el fideicomiso que encierra la garantía”[21].-

Al respecto de esta cuestión la doctrina muestra disidencias.-

Respetada doctrina, a partir de la moderna noción de conexidad contractual, explica la interacción entre el fideicomiso de garantía y la relación crediticia subyacente por su vinculación funcional a través de una finalidad satisfecha por el conjunto. Se trata de un encadenamiento de contratos, en los que las partes saben que hay o habrá dos o más contratos separados, pero también saben que por ese medio obtendrán su finalidad personal, lo que a la vez llega a determinar la existencia de la finalidad común del negocio conexo[22].-

Desde la tradicional distinción entre obligaciones principales y accesorias, quienes niegan la accesoriedad del contrato de fideicomiso argumentan que a través de este queda establecida una nueva relación jurídica entre el fiduciante, el fiduciario y los beneficiarios aceptantes, en la cual el beneficiario mantiene una relación creditoria (personal) contra el fiduciario, no así contra el fiduciante, con quien, en el contexto del fideicomiso, no tiene relación, salvo excepciones establecidas en el pacto de fiducia[23].-

En sentido contrario, al que esta autora anticipa su adhesión, se ha dicho que al no generar la constitución de la garantía fiduciaria novación del crédito garantizado, salvo previsión

contractual expresa en tal sentido, el acreedor beneficiario sigue siendo acreedor del deudor fiduciante, ahora en concurso o quiebra[24].-

Desde la perspectiva finalista de la causa de las obligaciones, “del mismo modo que la obligación no existe en sí misma sino que reconoce un origen (en el caso el contrato), una fuerza antecedente que la crea (su fuente), esa obligación no es un fin en sí misma, sino que constituye el medio para lograr ese fin. Todo agente actúa para lograr un fin. En este sentido, la causa de la obligación apunta a destacar que ella sirve a la consecución, al logro de ciertos fines”[25].-

A tenor de lo manifestado, ante la extinción, nulidad o ineficacia por el motivo que fuere de la obligación principal garantizada, el fideicomiso de garantía, en su calidad de accesorio de aquella, sigue su destino y pierde su causa: garantizar otra obligación. Por ende, la accesoria pierde su causa-fin, ya no tiene razón de ser. No siendo posible la existencia de una obligación sin causa, es evidente que el fideicomiso de garantía tiene por único destino extinguirse a la par de la obligación principal (art. 857 CCC).-

Por tal motivo, resulta más atinado efectuar el análisis desde de la obligación principal, que a partir de su validez y exigibilidad irradia dichos efectos a todas sus accesorias, que desde la posición de la obligación accesoria, o sea desde la garantía.-

Es cierto que el patrimonio fideicomitado ha sido desvinculado del patrimonio falencial. Ello se encuentra fuera de discusión. Sin embargo, esta no es la cuestión dirimente. La cuestión esencial es, en opinión de esta autora, si al acreedor beneficiario le asiste derecho, o no, para cobrar su crédito (obligación principal), ejecutando aquello que se ha transferido en garantía al fideicomiso (obligación accesoria).-

Vale decir, si “puede” cobrarse en lugar de con “qué” va a cobrarse. Pues de no tener un legítimo derecho a exigir su crédito, cae por defecto todo aquello que se haya conferido en su garantía.-

#### *IV.III.- Validez, exigibilidad, oponibilidad y ejecutabilidad.-*

Lo dicho lleva a diferenciar lo que atañe a la validez y exigibilidad de las obligaciones de su oponibilidad y ejecutabilidad. Antes de pasar a la etapa de ejecución el acreedor debe ser legitimado activo de una obligación válida, exigible y oponible. Lo cual rige para todo tipo de garantías; norma general de la cual no escapa el fideicomiso de garantía.-

Si la validez, exigibilidad, oponibilidad y ejecutabilidad de la obligación accesoria depende de lo propio de la obligación principal, pues resulta necesario en primer lugar acreditar que esta cumple con dichos extremos.-

En hipótesis que el deudor/fiduciante se encuentre en concurso o quiebra, la oponibilidad de la obligación principal solo puede ser resuelta mediante el trámite de verificación de créditos.-

Si el acreedor beneficiario no insta su verificación, no será verificado ni admisible, no podrá incidir en la aprobación o rechazo de la propuesta concordataria, ni cobrarse de la masa falencial en la quiebra. Sin embargo ello no le quita validez a su derecho en el ámbito

extraconcursal. Ningún crédito se extingue por la sola circunstancia de que su titular omite pedir su verificación, sin embargo, tal omisión lo torna inoponible al concurso o la quiebra[26].-

Consecuentemente, siendo inoponible al concurso o la quiebra el crédito, (obligación principal), lo propio ocurre con el fideicomiso de garantía en su condición de obligación accesoria.-

#### *IV.IV.- La carga de verificar del acreedor beneficiario en el concurso o la quiebra del deudor fiduciante.-*

La verificación del crédito constituye “una carga del acreedor, no una obligación, pues se trata de un deber de conducta no exigible por terceros y cuyo incumplimiento ocasionará negativas consecuencias para quien debiendo observarla no la cumple”[27].-

La carga de solicitar la verificación de los créditos nace de la prohibición legal que inhibe la ejecución individual (art. 21 inc. 3, LCQ). Los arts. 32 y 100 LCQ estructuran un proceso de conocimiento que tiene por finalidad declarar la calidad de acreedor de los peticionantes con relación al deudor y frente a los demás acreedores, fijando la posición relativa entre ellos. Así como para, oportunamente, autorizarles el voto a la propuesta concordataria o el cobro del dividendo concursal que les corresponda; y en el cual se dan todas las etapas propias de los procesos, desde la introductiva hasta la decisoria con el consiguiente efecto de cosa juzgada[28].-

El proceso de verificación de créditos constituye un verdadero proceso de cognición y contradictorio de caracteres especiales, sobre todo basados en el principio de celeridad[29].-

Se trata de procesos universales, donde se ventila la suerte del patrimonio concebido como universitas iuris, tanto en su faz activa como pasiva y, en este último aspecto, abarca a todas las obligaciones que soporta el concursado pues, todos los acreedores están alcanzados por sus efectos[30].-

Siguiendo esta línea de argumentos vemos el origen de la carga del acreedor beneficiario de verificar su crédito en el concurso o quiebra del deudor fiduciante, atento su calidad de acreedor de causa o título anterior a la quiebra o concurso, resultando indiferente de qué modo se pactó la satisfacción y garantía de dicho crédito (art. 32 y 200 LCQ).-

El proceso de verificación deviene necesario porque constituye la única vía conferida por la LCQ para contar con un título hábil que le permita al acreedor cobrarse sobre el patrimonio del deudor. Aquí es donde podría pensarse que se fisura el nexo entre el acreedor beneficiario y el deudor fiduciante, pues solo revestiría interés para el acreedor verificar su crédito si pretende accionar contra el patrimonio del deudor, y en el caso del fideicomiso de garantía el bien ya ha sido desafectado de dicha masa.-

Considerando que tal desafectación patrimonial constituye precisamente el efecto natural de la contratación fiduciaria accesoria, dependiente de la principal, ello no sería determinante al momento direccionar el análisis. La desmembración patrimonial constituye el fin perseguido por las partes al elegir esta modalidad de garantía; pero ello no modifica

en nada la obligación principal de la cual surge la legitimación activa del acreedor y la obligación de cumplimiento del deudor.-

La escisión patrimonial emergente del fideicomiso de garantía depende la vigencia y exigibilidad de la obligación que garantiza. Si esta fenece, los efectos fiduciarios también.-

Por ende, aun cuando el bien otorgado en garantía se haya desafectado del patrimonio falencial, el acreedor beneficiario tendrá derecho a cobrarse de él sí, y solo si, su crédito es válido, exigible y oponible. Y como hemos visto, en el marco de la quiebra o concurso del deudor ello solo es posible mediante el proceso de verificación.-

El deber de verificar del acreedor beneficiario en nada desnaturaliza la esencia autoliquidable de esta garantía puesto que, verificado el crédito no caben dudas respecto de la validez del fideicomiso. En consecuencia este surte plenamente sus efectos, de modo que ese crédito verificado, en la medida en que haya sido reconocido, será satisfecho conforme se haya estipulado en el contrato de fideicomiso.-

#### *IV.IV.I.- La verificación del acreedor beneficiario en el concurso preventivo del deudor fiduciante. Verificación eventual.-*

El derecho a voto.- Ocurre que, en hipótesis de ser declarado verificado el crédito invocado por el acreedor beneficiario, este no va a participar de la masa falencial pari passu con el resto de los acreedores concurrentes, pues cuenta con la garantía fiduciaria, ahora plenamente vigente y efectiva. Solo concurrirá con los restantes acreedores en el caso que el patrimonio fiduciario resulte insuficiente para satisfacer su crédito. En este supuesto, por el saldo deudor cobrará del patrimonio falencial conforme al acuerdo preventivo homologado.-

Ello nos coloca en la dificultad de resolver en que forma debe insinuarse y verificarse el crédito del acreedor beneficiario.-

“Pensamos que el crédito debe insinuarse y verificarse como quirografario, en razón de que la garantía no se encuentra dentro del patrimonio del concursado[31]”. Esta situación es asimilable a los casos de garantías personales otorgadas por terceros, sin que por ello pueda inferirse que el acreedor renuncie a ella por el solo hecho de pedir su verificación[32].-

En el citado antecedente “Feroanco SA[33]” se verificó como quirografario, aclarando que ello no afectaba la garantía sobre los bienes fideicomitidos, que están fuera del patrimonio de la concursada. Es que la preferencia del beneficiario no surge de un privilegio sino del hecho de que los bienes están en un patrimonio ajeno al fiduciante, en el separado del fiduciario.-

Al respecto, Kiper y Lisoprawsky aclaran que no hay garantías personales receptadas como privilegios en la normativa concursal, ni privilegios que no resulten de la ley. Por lo que la verificación del crédito que debe efectuar el acreedor beneficiario será con el carácter de quirografario, puesto que el activo fiduciario afectado en garantía no implica privilegio o preferencia alguna, ya que a través del contrato de fideicomiso de garantía no se crea ningún derecho real sobre los bienes fideicomitidos[34].-

Por lo argumentos expuestos, adoptamos el criterio que indica que el crédito debe insinuarse y verificarse como quirografario. Ahora bien, incluirlo como “uno más” dentro de la categoría de acreedores quirografarios implicaría reconocerle el derecho de voto ante una propuesta de acuerdo preventivo respecto de la cual podría carecer de interés.-

Ante esta situación, reconociendo la existencia de divergencias doctrinarias, entendemos que la verificación anticipada a la ejecución y a la liquidación del patrimonio fideicomitido debería proponerse y admitirse a título eventual o condicional, dependiendo su derecho de que perciba su crédito ejecutando la garantía fiduciaria, y desconociéndole derecho a voto, esto es, a ser considerado en la base de cálculo para el computo del acuerdo preventivo[35]. La eventualidad del crédito hace que el acreedor verificado no este habilitado para el voto de la propuesta de acuerdo preventivo[36].-

Esta situación del acreedor beneficiario de un crédito verificado que cobrará del patrimonio concursal solo en caso de que el patrimonio fiduciario resulte insuficiente, puede tratarse como una condición suspensiva. Lo cual nos permite admitir que “los créditos verificados con tal carácter sólo se tendrán en cuenta para el cálculo de las mayorías si la condición se cumple antes del vencimiento del período de exclusividad”[37].-

En el caso particular que reste un saldo deudor luego de liquidado el patrimonio fiduciario conferido en garantía, siendo en ese supuesto preciso y determinable su interés respecto del acuerdo a votar, debe computarse a los efectos de la determinación de las bases de cómputo y reconocerse su derecho a votar. Claro que será ponderado solo en la medida del saldo pendiente de cumplimiento.-

Por ello, en opinión de esta autora, el crédito del acreedor beneficiario debe verificarse como acreedor quirografario eventual. De este modo, se armonizan equitativamente los intereses de los diversos actores concursales. Por un lado garantiza a los restantes acreedores concurrentes, previo a la sentencia de verificación el control multidireccional del resto de los acreedores[38], y luego de ella que no participará un sujeto que quizás nunca será afectado por efectos del acuerdo preventivo y por lo tanto no resulta ser sujeto interesado. Por otro lado se garantiza al acreedor beneficiario, primero, el acceso legítimo al proceso lo cual lo faculta a exigir su crédito, y segundo que en caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario podrá cobrarse el saldo del patrimonio concursal “como un acreedor más”.-

## **V. Conclusión** [\[arriba\]](#)

Para que el acreedor beneficiario pueda válidamente cobrarse del patrimonio fiduciario previamente desafectado del patrimonio del deudor, debe, en el caso de la quiebra o concurso del deudor fiduciante, verificar la obligación principal garantizada por ese medio.-

El deber de verificar su crédito, a pesar de no encontrarse el bien dentro del patrimonio del deudor, deriva de la naturaleza accesoria del fideicomiso de garantía, lo que no lleva a enfocar el análisis hacia a la obligación principal.-

El fideicomiso de garantía, y por ende sus efectos, serán válidos y exigibles en la medida en que lo sea su obligación principal.-

El crédito del acreedor beneficiario debería verificarse para poder lograr así el cobro “en la forma estipulada” en el contrato de fideicomiso e incluso, poder ir contra los demás bienes del deudor fiduciante, como acreedor quirografario por el remanente si el fideicomiso fuese insuficiente para cubrir su crédito[39].-

La extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal extiende sus efectos a la garantía fiduciaria (obligación accesoria), debiendo el fiduciario disponer del patrimonio fideicomitido conforme fue convenido convencionalmente, o en su defecto de acuerdo al régimen legal de fondo. En general, se tratara del reingreso del bien al patrimonio del deudor.-

Por lo dicho, deviene esencial subsumir a los acreedores beneficiarios al proceso de verificación, pues es el único camino legalmente previsto para determinar la oponibilidad de su crédito; y lo propio respecto del fideicomiso de garantía. En consecuencia, podría suceder que se liquide la garantía fiduciaria y el acreedor perciba el pago de un crédito que no fue tamizado por la LCQ, para lo cual podría no estar legitimado. El riesgo es evidente, podría ocurrir que ese bien quede desafectado en forma permanente del patrimonio falencial, impidiendo a los acreedores concurrentes participar de él, además del enriquecimiento sin causa, ajeno al presente análisis.-

En definitiva, la carga del acreedor beneficiario de verificar su crédito en el concurso o quiebra del deudor fiduciante es ineludible porque de no cumplirse, el crédito que originó al fideicomiso de garantía pierde oponibilidad y con ello arrastra al fideicomiso. Además, si el crédito garantizado es declarado inadmisibile y tal decisión queda firme (con o sin revisión), según las circunstancias del caso podría cesar el fideicomiso por ausencia del negocio subyacente. Es lógico que no habiendo obligación garantizada con los bienes fideicomitados, no puede el fiduciario afectarlos al pago de una deuda que no existe[40].

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

- [1] KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKY, Silvio. Tratado de fideicomiso. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tercera edición. Tomo I, 447.-
- [2] Conf. KELLY, Julio. Fideicomiso de garantía. JA 6102. Buenos Aires, Agosto de 1998. 19
- [3] Conf. LISOPRAWISKI, Silvio V. Fideicomiso en garantía en el Código Civil y Comercial. Fiduciario-beneficiario. Cesión de crédito en garantía. LL 2015-B, 934.-
- [4] KIPER y LISOPRAWISKY, Ob. Cit. Tratado de fideicomiso. 60.-
- [5] Conf. KIPER y LISOPRAWISKY, Ob. Cit. Tratado de fideicomiso. 512 y 513.-
- [6] ESPARZA, Gustavo y GAMES, Luis María; El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra. El Derecho. Octubre 2001.-
- [7] Conf. LISOPRAWISKI, Silvio V. Fideicomiso en el Código Civil y Comercial. Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 510. Cita Online: AR/DOC/1073/2015
- [8] GAMES, Luis M., ESPARZA, Gustavo A. Liquidación del patrimonio en fideicomiso. JA 6102. Buenos Aires, Agosto de 1998. 11.-
- [9] LISOPRAWISKI, Silvio V. Concurso preventivo del patrimonio fiduciario. LL, 2015-E.-

- [10] FAVIER DUBOIS (H), EDUARDO M. Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima. LL 2010-F, DIARIO DEL 8-11-10, PAG.1, última consulta: 19/12/2014 en [http://favierduboisspagnolo.com/trabajos\\_doctrina/FIDEICOMISO\\_Y\\_REGIMEN\\_SOCIETARIO.pdf](http://favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/FIDEICOMISO_Y_REGIMEN_SOCIETARIO.pdf)
- [11] 11 Conf. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKI, Silvio V. Teoría y práctica del fideicomiso. Depalma, Buenos Aires 1999, 16.-
- [12] 12 Conf. KIPER y LISOPRAWISKI. Ob. Cit. Teoría y práctica del fideicomiso. 16.-
- [13] CNCom, Sala D, en Trenes de Buenos Aires S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación del 9/9/2008. Disponible en portal MicroJuris cita: MJ-JU-M-40508-AR | MJJ40508 | MJJ40508.-
- [14] Llamó nuestra atención sobre este tema GRAZIABILE, Darío J. en Ob. Cit. 515: HEREDIA, Pablo, Verificaciones de créditos concursales de características o en situaciones atípicas. RDCO, 2012-B (255)-1.
- [15] Conf. ESPARZA, y GAMES. Ob. Cit. El fideicomiso de garantía.-
- [16] La aclaración pertenece a la autora.-
- [17] CNCom. Sala E, en Feroanco S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación (por Sinsbur S.A.) del 14/7/2010. LL, 24/02/2011. Disponible en portal MicroJuris cita: MJ-JU-M-58288-AR | MJJ58288 | MJJ58288
- [18] CNCom., Sala E, en Pino Camby S.A. s/ concurso preventivo s/ inc. de verificación por Acosta José León y otros del 24-nov-2003, LL,2004-D. Disponible en portal MicroJuris cita: MJ-JU-M-2785-AR | MJJ2785 | MJJ2785.-
- [19] Conf. KIPER, y LISOPRAWISKY, Ob. Cit. Tratado de fideicomiso. 448.-
- [20] GRAZIABILE, Darío J. Verificación concursal de créditos. Erreius, Buenos Aires, 2015, 519.-
- [21] KIPER, y LISOPRAWISKY, Ob. Cit. Tratado de fideicomiso. 505.-
- [22] Conf. KIPER, KIPER, y LISOPRAWISKY, Ob. Cit. Tratado de fideicomiso. 508 y 509.-
- [23] KIPER, y LISOPRAWISKY, Ob. Cit. Tratado de fideicomiso. 506.-
- [24] Conf. GRAZIABILE, Ob. Cit. 511.-
- [25] ZANNONI, Eduardo A.; Elementos de la obligación. Astrea, Buenos Aires, 1996, 48.-
- [26] GRAZIABILE, Ob. Cit. 520.-
- [27] 27 GRAZIABILE, Ob. Cit. 519.-
- [28] HEREDIA, Pablo D.: Tratado Exegético del Derecho Concursal - Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, Tomo I., 640.-
- [29] CARCHIO, Miguel A., Las garantías reales y la ejecutabilidad de las sentencias verificadoras, 1/1/2002. Cita: MJ-DOC-1777-AR | ED, 196-857 | MJD1777.-
- [30] 30 RIVERA, Julio C., Instituciones de derecho concursal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003. Tomo I, 215.
- [31] 31 GRAZIABILE, Ob. Cit. 522,523.-
- [32] 32 Conf. RAISBERG, Claudia, Precisiones sobre el fideicomiso de garantía frente al concurso. LL 2006-C, 1240.-
- [33] CNCom. Sala E, en Feroanco S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación (por Sinsbur S.A.) del 14/7/2010. LL, 24/02/2011. Disponible en portal MicroJuris cita: MJ-JU-M-58288-AR | MJJ58288 | MJJ58288
- [34] Conf. KIPER, y LISOPRAWISKY. Ob. Cit. Tratado de fideicomiso. 526.-
- [35] Conf. GRAZIABILE, Ob. Cit. 524.-
- [36] Conf. GRAZIABILE, Ob. Cit. 524.-
- [37] SIERRA DE SIMONI, María E.. Verificación de créditos condicionales y eventuales, en obra colectiva coordinada por Martín Arecha y otros, Verificación de créditos, Bs. As., ed.

Ad Hoc, 2004, pág. 195.-

[38] Conf. TON, Walter R. La necesaria verificación del beneficiario del fideicomiso de garantía en el concurso del fiduciante. 9/VI/2011. Cita: MJ-DOC-5381-AR | MJD5381

[39] GRAZIABILE, Ob. Cit. 513.-

[40] 40 Conf. 40 KIPER y LISOPRAWISKY. Ob. Cit. Tratado de fideicomiso. 518.-