

La garantía fiduciaria y el concurso del fiduciante*

Tomás Rueda Laje

1. Introducción [\[arriba\]](#)

La presente exposición persigue como objetivo efectuar un análisis legal que permita resolver adecuadamente la conflictiva situación que presenta la existencia de un fideicomiso en garantía frente al concurso o quiebra del fiduciante.

La cuestión principal será determinar si el acreedor beneficiario, que tiene un bien -o bienes- afectado/s precisamente en seguridad de su crédito, debe ser parte del procedimiento concursal, y en su caso, en qué medida y generando cuáles efectos.

La apertura del procedimiento concursal implica el deber de todos los acreedores preconcursales de someterse a un régimen de orden público, universal y colectivo, para la satisfacción de sus respectivos créditos, velando cada uno de ellos por la correcta conformación del activo y pasivo concursales.

En este sentido, tanto la legitimidad del crédito que ostenta el beneficiario contra el concursado como la eventual ejecución de los bienes fideicomitados influyen directamente sobre la situación del conjunto de acreedores; de allí el interés de éstos en efectuar el correspondiente control respecto dicho crédito.

Por su parte, el acreedor beneficiario del fideicomiso tiene una garantía autoliquidable sobre un bien -o conjunto de bienes- cuya titularidad recae sobre el fiduciario; hecho que lo excluiría, en principio, de participar de tal procedimiento.

La legislación existente sobre la materia conduce a situaciones confusas y conflictivas que motivan el replanteo de aquella característica esencial y determinante que consagró al fideicomiso como instrumento legal elegido por los diversos operadores de comercio: la seguridad jurídica que implica la constitución de un patrimonio de afectación[1].

El recorrido que aquí se propone comprenderá el análisis de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales existentes sobre la materia, procurando delimitar claramente el alcance de las antagónicas posturas; como colofón, se ofrecerá una posición alternativa, efectuando un detenido estudio sobre la naturaleza jurídica de la garantía fiduciaria -entendiendo ser ésta la que nos conduzca, en definitiva, a resolver el problema en cuestión-, proponiendo una reforma legislativa que contribuya al esclarecimiento de la situación planteada.

2. Garantía Fiduciaria y Concurso: Antecedentes Doctrinarios y Jurisprudenciales [\[arriba\]](#)

2.1. Régimen de la ley de concursos y quiebras sobre contratos preexistentes

Resulta ineludible referirnos al régimen previsto por la LCQ sobre los contratos preexistentes en los que el concursado o fallido sea parte y el tratamiento que deberá darse, en particular, al fideicomiso en garantía celebrado por el fiduciante con el fiduciario.

Básicamente, deberá determinarse si corresponde la aplicación de los arts. 20 y 143 LCQ al contrato de fideicomiso; aspecto sobre el cual discrepa la doctrina.

Veamos la normativa:

El art. 20 permite al deudor la continuación de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, debiendo requerir autorización judicial al efecto. En este caso, el cocontratante podrá exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas bajo apercibimiento de resolución, concediéndose el privilegio previsto en el art. 240 LCQ para aquellas prestaciones efectuadas con posterioridad a la presentación en concurso. A su vez, permite al tercero la posibilidad de resolver el contrato pasados treinta días de abierto el concurso cuando no se le haya notificado la decisión de continuarlo.

Por su parte, el art. 143 prevé el régimen a seguir en supuestos de quiebra del fiduciante, que consiste, fundamentalmente, en lo siguiente: si el fallido cumplió su prestación, el cocontratante deberá cumplir la suya; en el supuesto inverso, deberá el cocontratante no fallido solicitar la verificación de su crédito; y en caso que existan prestaciones recíprocas pendientes, el cocontratante no fallido tiene derecho a solicitar la resolución del contrato.

Luego se legislan supuestos contractuales específicos, irrelevantes a los fines del presente, concluyendo dicha sección con el art. 159 que prevé la obligación a cargo del juez de aplicar la analogía, cuidando la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado del concurso y el interés general, para aquellos supuestos que no hayan sido expresamente contemplados.

Efectuada dicha reseña normativa, cabe introducirse en las diversas posturas existentes al respecto, y sus consecuencias jurídicas.

Cabe destacar el pensamiento de Esparza y Games sobre la materia, quienes nos advierten sobre complejidad propia del caso, atento las particularidades inherentes al contrato de fideicomiso: “...el fideicomiso presenta como una de sus notas tipificantes la de ser una figura compleja, a medida, no seriada y muy rica en matices negociales (toda la riqueza que da el mundo del contrato al que se le adosa el mundo de los derechos reales, dado por ese particular patrimonio que se crea con fines de afectación, en la cual su ubicación escapa a la simpleza de una tipificación clásica, como contrato de cambio, o aun de garantía) obviamente no es lo mismo que una prenda, o una fianza, si bien también estamos hablando de contratos de garantía.)[2]”

En efecto, reconocen que la ausencia de legislación específica abre las puertas al art. 159 precitado, debiendo aplicarse la analogía, atendiendo a la debida protección del crédito.

Seguidamente, los autores se ocupan del tema de la legitimación para solicitar la aplicación de las normas en cuestión, entendiendo que dicha facultad corresponde a las únicas partes integrantes del contrato: fiduciante y fiduciario.

De esta forma, en el marco de un concurso preventivo, el fiduciante tendría la facultad de continuar el contrato, y en caso que omita hacerlo, el fiduciario podría solicitar la resolución, siendo la actuación del beneficiario de carácter meramente

residual, acotándose su participación por el preponderante rol ejercido por el fiduciario.

La situación difiere ante un supuesto de quiebra. El tercero contratante es el fiduciario, quien tendrá que manifestar la existencia del contrato y su decisión de continuarlo o resolverlo. Sin embargo, en estos supuestos, el art. 144 inc. 1 LCQ permite el ejercicio de tal facultad a cualquier acreedor o interesado, lo que concedería legitimación al beneficiario.

Márquez niega rotundamente la posibilidad de aplicación de la normativa contractual al fideicomiso en garantía, entendiendo no existir prestaciones pendientes a cargo del deudor concursado. Asimismo, advierte que cualquier decisión resolutoria efectuada por el fiduciante o fiduciario implicaría violar los derechos adquiridos en virtud del contrato por el acreedor beneficiario[3].

La Cámara Nacional en lo Comercial manifestó lo siguiente: “En principio, señálese que la citada normativa, carece de especificación concreta acerca del contrato de fideicomiso de garantía, por lo que su tratamiento concursal debe hacerse en función de los principios que regulan los contratos preexistentes y con la adecuación que fuera menester teniendo en cuenta las particularidades sui generis que presenta esta figura contractual y el dominio fiduciario al que accede.[4]”

Conforme pudo observarse, no hay consenso en doctrina y jurisprudencia sobre la efectiva aplicación de la específica normativa concursal en materia de contratos al supuesto que aquí nos convoca, siendo necesario abrir las puertas para ampliar el debate, procurando proteger los intereses de cada uno de los sujetos afectados, y en pos de respetar el debido cuidado de nuestras instituciones jurídicas.

2.2. El dilema de la verificación del crédito y, en su caso, el carácter del crédito verificado

Uno de los puntos neurálgicos del presente artículo es determinar si corresponde incluir al acreedor beneficiario dentro de la manda de los arts. 32 y 200 LCQ y presentarse, en consecuencia, a verificar su respectivo crédito en el concurso, o si, por el contrario, ello constituye tan solo una alternativa frente a un eventual supuesto de insuficiencia resultante de la ejecución de la garantía, e incluso la previsión de situaciones intermedias.

A su vez, en caso que se adopte la primera de las posturas señaladas, será menester determinar el carácter del crédito a verificar.

Como bien fuera señalado oportunamente, las posiciones en doctrina y jurisprudencia son diversas, reuniendo cada una de ellas sólidos e interesantes argumentos que enriquecen el presente análisis y que serán desarrollados seguidamente.

2.2.1. Postura en contra de la verificación

Existe reconocida doctrina que considera que el acreedor beneficiario de un fideicomiso en garantía no se encuentra incluido dentro de la imperativa manda contenida en los arts. 32 y 200 LCQ por tener la posibilidad de “ejecutar”[5] una

garantía autoliquidable asentada sobre un bien ajeno al patrimonio del concursado.[6]

Kiper pregona esta postura. La base que sustenta su pensamiento se encuentra en la naturaleza propia de las garantías fiduciarias, considerando tratarse de garantías autónomas e independientes de la obligación que les dio origen, siendo los bienes afectados ajenos al patrimonio concursal.

Para esclarecer su argumento, afirma que, de sostenerse una solución contraria, el fideicomiso en garantía perdería todo tipo de sentido, por cuanto la característica esencial y distintiva de dicha herramienta jurídica es ser una garantía autoliquidable, con los beneficios que ello trae aparejado -celeridad del “proceso de ejecución” y consiguiente disminución de costos-.

A pesar de ello, reconoce conveniente, para respetar el buen orden del procedimiento, la recomendación de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil en el sentido de verificar el crédito, para conocer la totalidad del pasivo y permitir el ejercicio de cierto control al resto de los acreedores. Ahora bien, afirma que, en caso de no haber sido verificado el crédito, o de haberlo hecho y haber sido rechazado o verificado por un monto inferior, la única consecuencia será no poder percibir el saldo resultante de la ejecución, en caso que ésta sea insuficiente.[7]

Siguiendo esta línea de pensamiento, Araya argumenta de la siguiente manera: “Por lo cual, en realidad, el beneficiario deberá cumplir con su obligación de verificar si al vencimiento del plazo para verificar, el crédito no hubiera sido satisfecho con la ejecución del bien fideicomitado (o cumplimiento de contrato de fideicomiso, para ser más precisos). De haber ocurrido ello, el acreedor sólo deberá rendir cuentas en el expediente concursal, en caso de ser intimado o requerido, informando los fondos percibidos en cancelación de su crédito.”[8]

Márquez adopta como punto de partida de su exposición el criterio según el cual el patrimonio fiduciario es ajeno al concurso del fiduciante atento no conservar éste derechos reales sobre los bienes fideicomitados, lo que excluye tales bienes del principio de universalidad. Por ello, considera innecesaria la verificación del crédito, precisando que la posible inexistencia del mismo queda superada por el régimen legal instituido por la ley de fideicomiso, incluso aplicando sanciones penales para el fiduciario que incumpla con los deberes a su cargo[9].

En 2008, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se expidió sobre este aspecto, inclinándose -con ciertas particularidades que serán resaltadas oportunamente- por la postura bajo análisis.[10]

En dicho caso, la concursada celebró un contrato de préstamo sindicado con diversas entidades financieras y un contrato de fideicomiso en garantía mediante el cual cedió y transfirió en forma irrevocable la propiedad de ciertos bienes hasta tanto se cancele la deuda mantenida con los beneficiarios.

El Tribunal entendió, en lo que aquí respecta, lo siguiente:

a) El concursado debe denunciar el crédito que percibió oportunamente del acreedor beneficiario y cuyo reembolso se asegura mediante el fideicomiso en garantía, de conformidad al art. 11 inc. 5 LCQ.

b) El acreedor beneficiario no debe verificar su crédito sino sólo denunciar la garantía a simple título informativo, pero nunca en calidad de privilegio o preferencia, pues se trata de un activo ajeno al patrimonio concursal.

c) El fiduciario, en su calidad de tercero obligado, debe informar la existencia del contrato de fideicomiso, en tanto podría existir un remanente a favor del deudor fiduciante.

d) Habiendo sido reconocida por la concursada la obligación principal -contrato de préstamo sindicado-, el contrato de fideicomiso en garantía resulta inoponible al procedimiento concursal.

En dicho fallo, la Sala entiende que el acreedor beneficiario no debe presentarse a verificar el crédito y que el fideicomiso en garantía resulta “inoponible” (creemos debió decir oponible) al procedimiento concursal.

Los defensores de esta postura entienden que la garantía fiduciaria resulta plenamente oponible al concurso del fiduciante atento tratarse de bienes ajenos al patrimonio concursal, siendo la manda del art. 32 LCQ una carga procesal, meramente facultativa para el acreedor.

2.2.2. Postura a favor de la verificación

Contrariamente a lo reseñado en el punto precedente, una gran parte de la doctrina entiende no existir norma alguna que exonere al acreedor beneficiario de solicitar la verificación del crédito en el concurso del fiduciante, en los términos de los arts. 32 y 200 LCQ.

Para ellos, la garantía fiduciaria encuentra su razón de ser en el crédito principal garantizado, debiendo, en consecuencia, presentarse en el concurso para legitimar su derecho y permitir el debido control por parte de todos los involucrados.

Si bien comparten dicha tesitura, destacados autores disienten con relación a la forma en que deben efectuar dicha verificación; esto es, si deben insinuar el crédito como privilegiado, con preferencia o simplemente quirografario.

Alegría toma como punto de partida de su exposición, la inexistencia de efecto novatorio de la obligación principal como consecuencia de la constitución del fideicomiso de garantía. En tal sentido, entiende que, no habiéndose liberado el deudor original, el acreedor debe verificar su crédito conforme lo requiere la LCQ[11].

El citado autor considera inadmisibles sostener que la constitución del fideicomiso excluyó el crédito del pasivo concursal como también erróneo afirmar que la verificación sería un abuso de derecho, por cuanto -señala- la garantía podría renunciarse total o parcialmente (cnf. art. 43 LCQ[12]) o, incluso, resultar insuficientes los bienes fideicomitados, supuesto en que el acreedor podría dirigirse contra otras garantías o sobre los propios bienes del deudor concursado. Asimismo, discrepa con quienes entienden que la verificación del crédito podría implicar una eventual limitación o desconocimiento total del mismo por efecto de los procedimientos propios del concurso, explicando que, justamente, si no resultase

acreedor o su crédito fuese inferior al pretendido, se extinguiría el fideicomiso mismo, en el primer caso, o se limitaría, en el segundo.

El nombrado jurista adopta una particular postura que proclama la verificación de la garantía como “privilegio”, brindando interesantes y fundados argumentos al efecto. Explica que la eventualidad de reingreso de los bienes al patrimonio concursal está siempre latente -cualquiera sea su causa-, habiendo salido del patrimonio del deudor con vocación residual o remanente de retornar total o parcialmente al patrimonio, debiendo aplicarlos el fiduciario de conformidad al fin para el cual se le han transmitido.

Encuentra, asimismo, las siguientes razones para sostener tal aseveración:

- a) El art. 11 inc. 5 LCQ obliga al deudor a presentar una nómina de acreedores, codeudores, fiadores o terceros obligados o responsables, o privilegios.
- b) El art. 32 LCQ dispone que todos los acreedores preconcursales y sus garantes deben solicitar la verificación del crédito al síndico denunciando el monto, causa y privilegios.

Sobre este punto, señala que, si se pretendiera que el que garantice la obligación sea el fiduciario -considera la improcedencia de tal hipótesis pero descarta la posibilidad que sea el fideicomiso, en tanto no reviste la condición de persona-, aún allí debiera presentarse a verificar el crédito, en los términos del art. 32 nombrado.

Concluye su análisis manifestando que la verificación del crédito como quirografario sería incorrecta, en tanto el acreedor tiene una garantía constituida por el deudor sobre un bien que salió de su patrimonio y con vocación de retornar al mismo; y destacando que la solución contraria implicaría permitir la intervención del acreedor en las decisiones del concurso, lo cual es notoriamente inequitativo para el conjunto de acreedores, sometiéndose a las resultas del mismo, afectando su crédito y, consiguientemente, su garantía.

Carregal alega no existir razón alguna para eximir al acreedor de presentarse a verificar su crédito, siendo la cuestión a dilucidar el deber de hacerlo como quirografario o privilegiado.[13]

Su primer análisis de la cuestión lo lleva a sostener la imposibilidad de verificar con privilegio basándose en el principio según el cual sólo los bienes de propiedad del concursado gozan de dicha calidad, habiendo sido la garantía otorgada por un tercero, que es el fiduciario. No obstante ello, advierte que una profundización del estudio de la cuestión conduciría a otro resultado. Preliminarmente, extrae el vocablo “preferencia” utilizado por el art. 126 LCQ[14], entendiendo conformar una categoría autónoma, cuya especie serían los privilegios, dentro del cual cabría incluir al acreedor beneficiario del fideicomiso. Para así decir, señala que dicha preferencia de cobro nació a expensas del patrimonio del deudor, al igual que los casos de prenda e hipoteca, manifestando que, en concordancia con estos últimos dos supuestos, en el fideicomiso en garantía no existe una merma patrimonial por cuanto la enajenación del bien es reemplazada en el activo por un nuevo bien, representado por el crédito potencial contra el fiduciario para exigirle el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de fideicomiso -pago de la obligación garantizada y reingreso del remanente, en caso que exista-; de esta

forma, entiende que la preferencia es soportada por el propio patrimonio del fiduciante, debiendo por ende verificarse la misma asimilándola a un privilegio especial. Como argumento coadyuvante de su postura, destaca la relatividad del art. 239 LCQ[15] y señala los motivos por los cuales entiende el legislador no incluyó al fideicomiso en garantía dentro de los privilegios.[16] Por último, el autor finaliza su exposición considerando inadmisibles que el acreedor beneficiario corra la suerte del conjunto de los acreedores, consistiendo su preferencia en la posibilidad de evitar el reingreso del bien fideicomitido al patrimonio concursal hasta tanto haya sido cancelado su crédito.

Favier Dubois (h), al igual que los autores precitados, sostiene que por efecto de la accesoriedad propia del fideicomiso en garantía, el acreedor debe presentarse a verificar su crédito en el concurso del fiduciante.

Con relación a la segunda cuestión bajo análisis, adopta una postura contraria a las referidas precedentemente, entendiendo que el término “preferencia” considerado como categoría autónoma está expresamente prohibida por el art. 239 LCQ, habiendo sido ésta sancionada con posterioridad a la Ley N° 24.441. Asimismo, cita el art. 3876 del Cód. Civ., que dispone que los privilegios pueden ser únicamente creados por disposición legal.[17]

El autor continúa su defensa manifestando que los bienes fideicomitados son ajenos al patrimonio concursal siendo su reingreso meramente eventual, lo que imposibilita la calificación del crédito como privilegiado. Manifiesta que el beneficiario tiene un derecho personal contra el fiduciario -situación asimilable a la garantía prestada por un tercero- debiendo, en consecuencia, denunciar la garantía mas no verificarla.

El destacado jurista avanza aún más sobre la cuestión de la verificación del crédito, señalando que la misma debe ser condicional, para el supuesto caso de insuficiencia de la garantía, sin derecho a voto; y para el caso que así no lo hiciera (es decir, verifique en firme), el acreedor tendría derecho a votar el acuerdo, sometiéndose voluntariamente al resultado del concurso y a los efectos de la propuesta homologada.

Kelly sigue los mismos lineamientos vertidos anteriormente respecto el deber de verificación del crédito, entendiendo ser ésta una norma de orden público y por tanto, de aplicación imperativa. Agrega que la eventual declaración de inadmisibilidad del crédito implicaría la extinción del fideicomiso por falta de causa del mismo.[18]

Raisberg comparte la tesis vertida por los autores señalados precedentemente, agregando que el cobrar su acreencia de manos del concursado implicaría violar la prohibición prevista en los arts. 16 y 21 LCQ, por lo que la verificación le otorga al acreedor un título perfecto y legítimo para satisfacer su crédito.[19]

Puerta de Chacón sostiene que el acreedor no puede ser ajeno al control de legalidad del crédito y la garantía, atento no existir norma jurídica expresa que lo permita. Advierte, a su vez, que con miras de proteger el crédito y las garantías no se debe descuidar la tutela de los restantes sujetos del mercado[20].

La Cámara Nacional en lo Comercial se expidió nuevamente sobre la cuestión[21], adoptando una posición un tanto diferente a la anterior, que fuera señalada supra (ver punto 2.2.1).

En esta oportunidad, Sinsbur SA y Feroanco SA se vincularon por medio de un contrato de suministro de cobre, siendo la concursada la destinataria de dicho material. Para garantizar las obligaciones asumidas, las partes celebraron un contrato de fideicomiso en garantía sobre las cuentas a cobrar por la venta de los productos de Feroanco SA; esto es, la concursada revistió el rol de fiduciante, FNB SA fue designado fiduciario y Sinsbur SA beneficiario del mismo.

Al momento de resolver, la Sala extrajo las siguientes conclusiones:

- a) El fiduciario no tiene legitimación activa para reclamar en nombre del beneficiario.
- b) No compartir la tesis vertida en el precedente “Trenes de Buenos Aires SA s/Concurso Preventivo” respecto la improcedencia de verificar el crédito y la garantía por parte del acreedor beneficiario
- c) La constitución de un fideicomiso de garantía no produce la novación ni extinción de la obligación garantizada.
- d) La verificación y el reconocimiento del crédito en el pasivo se encuentra plenamente justificada, además para la eventualidad de que la liquidación de los activos fideicomitidos no sea suficiente para cancelar íntegramente la acreencia.
- e) Sinsbur S.A., como beneficiaria resulta titular de un crédito condicional, correspondiendo que el mismo sea verificado con carácter de quirografario eventual.

En este caso, la Sala dejó abiertas las puertas al acreedor para solicitar la verificación de su crédito -de carácter condicional y quirografario- para la eventualidad que la garantía fiduciaria resulte insuficiente para la satisfacción del mismo. Ello, evidentemente, se aproxima a la posición adoptada por los autores precitados, mas dista de ser la solución por ellos propuesta, en cuanto no consideró la verificación como presupuesto condicionante de la “ejecución” de la garantía.

Quienes propugnan la postura tratada en este apartado, si bien disienten en el carácter que debe asignarse al crédito, acuerdan en considerar inescindible la garantía fiduciaria de la obligación que le sirvió de causa, debiendo, en consecuencia respetarse las disposiciones de orden público previstas en la ley 24.522.

2.3. La “ejecución” de la garantía fiduciaria y las medidas cautelares

Otra de las grandes cuestiones controvertidas, que fueron objeto de tratamiento doctrinario y que reconocen diversos precedentes jurisprudenciales, es la correspondiente a la procedencia del dictado de medidas cautelares en el marco del concurso, destinadas a suspender temporariamente la “ejecución” de la garantía.

La situación planteada refleja el enfrentamiento entre dos grandes pilares de nuestro ordenamiento jurídico: el principio de conservación de la empresa y el interés de los acreedores, por un lado, y la seguridad jurídica que implica la constitución de una garantía fiduciaria.

Esparza y Games destacaron la prudencia que merece el tratamiento de la cuestión, admitiendo la posibilidad del dictado de tales medidas pero advirtiendo sobre la concurrencia de dos situaciones frecuentemente presentes en estas situaciones: a) la necesidad de resguardar la figura del fideicomiso y b) evitar que el concurso sea utilizado por “litigantes inescrupulosos o jueces complacientes” desnaturalizando la figura[22].

Los autores proponen un análisis diferenciado del problema, ya sean medidas cautelares genéricas o la específica contenida en el art. 24 LCQ[23].

Con relación a las genéricas, refieren a la legitimación para solicitarlas, estimándolas procedentes si así surgiera de los términos contractuales, o cuando se solicitaran con motivo del incumplimiento del acuerdo fiduciario.

En un supuesto falencial, el esquema sería el mismo, pero adquiriendo mayor participación el síndico y menguándose las del fiduciante fallido, en los términos del art. 110 LCQ[24].

Luego, al analizar la aplicación del art. 24 LCQ, acuerdan en considerar tratarse de una situación por demás compleja, en tanto el bien salió del patrimonio del deudor. Agregan que la norma refiere a acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, lo que implicaría excluir al fideicomiso en garantía. A más de ello, expresan que el empleo del término “ejecución” hace referencia a su acepción estrictamente procesal, no siendo el caso del fideicomiso, en el cual el fiduciario se limita a dar cumplimiento a un contrato. Por último, citan destacada doctrina[25], que afirma que la suspensión de la ejecución no es viable en caso de remate extrajudicial.

Márquez considera improcedente el dictado de tales medidas en supuestos concursales, en tanto se trata de bienes ajenos al patrimonio del deudor[26].

Favier Dubois (h) realiza un detallado estudio del conflicto. Señala, en primer lugar, la existencia de destacada doctrina que admite el dictado de medidas cautelares para posibilitar la conservación del patrimonio del deudor y la igualdad de los acreedores[27].

En particular, cita a Alegría, entendiéndole que el fideicomiso en garantía no podría contrariar el principio de continuación de la empresa hasta que se decida su suerte en el concurso preventivo.

A su vez, resalta la reunión del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina realizada en Buenos Aires el 30.09.04, en la cual se consensuó que el fideicomiso en garantía sobre flujo de fondos futuros, constituido fuera del período de sospecha, es oponible al concurso preventivo en tanto no afecte los fondos necesarios para la prosecución de la empresa.

Posteriormente, refiriere a distintos y disímiles precedentes jurisprudenciales, que conviene precisar a los fines de dotar de claridad al planteo:

En autos “Litoral Citrus SA s/Concurso Preventivo”[28], el Tribunal rechazó la medida cautelar interpuesta por el concursado -consistente en la suspensión del cobro de créditos cedidos fiduciariamente y la abstención de su percepción por parte del beneficiario-, entendiendo que los activos del fideicomiso constituyen un patrimonio separado tanto del fiduciante como del fiduciario, y que la medida afectaría los mismos[29].

Luego, en autos: “Dinar Líneas Aéreas SA s/Concurso Preventivo”[30], el Tribunal suspendió la ejecución de un fideicomiso de garantía por entender que comprometía la continuidad de la empresa, atento retener la totalidad de los fondos y el consiguiente bloqueo de la recaudación ordinaria de la empresa.

La Cámara Nacional en lo Comercial se expidió nuevamente sobre la cuestión, in re “Kayders SA s/Concurso Preventivo”[31], declarando la procedencia de una medida cautelar genérica, mediante la cual se suspendió la ejecución de la garantía fiduciaria por 90 días, por cuanto la pérdida del bien (se trataba de un campo) implicaba la quiebra de la sociedad.

La cuestión así delimitada permite advertir una reciente línea jurisprudencial que admite la aplicación de medidas cautelares sobre el fideicomiso en garantía cuando se constate su incompatibilidad con la continuación de la empresa; ello, sin perjuicio de reconocer la existencia de las respetables opiniones -algunas señaladas precedentemente- de quienes niegan virtualidad a la procedencia de las mismas.

2.4. El efecto novatorio del acuerdo homologado y la garantía fiduciaria

Una de las grandes reformas efectuadas por la Ley N° 24.522 fue la recepción del efecto novatorio del acuerdo preventivo homologado, exceptuando del mismo a los fiadores y codeudores solidarios.

La introducción de dicho instituto -que no reconocía precedentes- no fue enteramente aceptada por la doctrina, quien la considera escasamente útil, asistemática y creadora de inseguridad jurídica en el área de las garantías[32].

Si bien dicha norma padeció los efectos ocasionados por la severa crisis económico-financiera que sufrió el País hacia fines de 2001 -en pocos meses se sancionó la Ley N° 25.561 extendiendo los efectos novatorios del acuerdo a fiadores y codeudores solidarios y luego la Ley N° 25.589 derogando tal modificación-, actualmente la cuestión volvió a quedar legislada como lo fue originariamente.

El art. 55 LCQ prevé: “En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios.”

Una primera lectura de la norma pareciera suficiente para afirmar que la novación concursal comprende la obligación garantizada con un fideicomiso de garantía en tanto la misma no fue expresamente contemplada dentro de los supuestos de excepción allí previstos. Sin embargo, la cuestión merece un análisis más profundo,

existiendo calificada doctrina -y mayoritaria- que brinda importantes fundamentos para sostener lo contrario.

La cuestión, entonces, consistirá en determinar si cabe incluir a la obligación de garantía respectiva dentro de las excepciones previstas al efecto novatorio propio del acuerdo homologado, y en su caso, con qué fundamento.

Preliminarmente, cabe aclarar que la novación que aquí tratamos difiere considerablemente con el régimen instituido por el Código Civil sobre la materia: en términos generales, podría afirmarse que, mientras la legislación civil prevé como efecto la extinción de todas las garantías, la ley concursal dispone completamente lo contrario. Por ello, estimamos conveniente repasar algunas de sus normas, a los fines de permitir un mejor entendimiento de la cuestión y despejar posibles situaciones de duda.

En cuanto a las garantías personales, el art. 803 Cód. Civ.[33] prevé que la novación extingue la obligación principal y todos sus accesorios; a su vez, el art. 2047 Cód. Civ.[34], al regular la fianza, dispone que la novación de la obligación entre acreedor y deudor extingue dicha garantía aunque el acreedor hiciese reserva de conservarla.

Con relación a las garantías reales, el citado art. 803 en su segundo apartado[35] permite que, novada la obligación principal, el acreedor prendario o hipotecario pueda conservar tales privilegios mediante una reserva expresa. A su vez, el art. 804 Cód. Civ.[36] impide dicha posibilidad si las garantías fuesen constituidas sobre bienes de titularidad de una persona distinta del deudor.

Sin embargo, existen ciertas similitudes: El art. 2049 Cód. Civ.[37] dispone que la renuncia del acreedor al deudor principal extingue la fianza, salvo que se trate de un supuesto de acuerdo de acreedores[38].

Sentado ello, y sin pretender efectuar un exhaustivo análisis de la regulación contenida en el Código Civil al efecto, cabe ahondar en los supuestos concursales que nos convocan.

Heredia, si bien no refiere expresamente al fideicomiso en garantía, entiende comprensivas todas las garantías dentro de las excepciones contenidas en el art. 55 LCQ, conforme se desprende claramente al efectuar la siguiente afirmación: “Con alguna aislada excepción, la doctrina está de acuerdo con el criterio de que los efectos del concordato homologado no deben extenderse al codeudor solidario, fiador y demás garantes del concursado”[39].

Encuentra el fundamento de tal afirmación en la ratio legis de las excepciones allí previstas. Enseña el citado Magistrado que la novación concursal se apartó del régimen previsto por el Código Civil sobre el tema por existir una diferencia esencial entre ellas: en el primer caso, la novación viene impuesta por ley, prescindiendo de la existencia de un animus novandi de parte de los acreedores (advértase que se aplica incluso a quienes no han aprobado el acuerdo), lo que legitima el quiebre al principio sentado por el art. 525 Cód. Civ., según el cual la extinción de la obligación principal extingue la accesoria.

El nombrado autor sostiene dicha postura -con idénticos argumentos- aún en supuestos en que la garantía sea constituida sobre bienes de terceros, lo cual se asemeja claramente a la situación que aquí se analiza.

Favier Dubois (h), por otra parte, efectúa un distingo según la verificación se realice como condicional, para el supuesto de insuficiencia de la garantía, en el cual el acreedor no tiene derecho a voto, o se haga en firme, pudiendo votar y sometiéndose tanto al resultado del concurso como a los efectos de la propuesta homologada por la totalidad del crédito[40].

Alegría y Carregal se expiden sobre esta cuestión al referirse al deber de verificar la garantía en el concurso. En rigor, señalan que si debiera cumplirse dicha carga como crédito quirografario -postura que rechazan-, el acreedor podría intervenir en las decisiones del concurso, debiendo someterse a las reglas del acuerdo o a las de distribución del concurso, afectándose así su crédito, sin poder utilizar su garantía[41].

Las diversas y fundadas opiniones reseñadas supra denotan claramente la incertidumbre presente en la controversia analizada, siendo evidente la necesidad de regular la cuestión con miras a delimitar claramente la situación jurídica de las partes.

2.5. Las acciones de ineficacia

Más allá de la compleja situación expuesta a lo largo del presente trabajo, existen mecanismos normativos destinados a proteger al conjunto de acreedores.

El art. 15 de la Ley N° 24.441 prevé la acción de fraude como herramienta destinada a declarar la ineficacia de un fideicomiso constituido en perjuicio de los acreedores[42].

En este sentido, los acreedores podrían recurrir a la específica normativa contenida en la ley concursal al efecto, o incluso, la contemplada en el Código Civil.

En el marco de la quiebra, el art. 118 LCQ dispone que son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores todos los actos realizados por el deudor dentro del período de sospecha que sean a título gratuito, o que sean pagos anticipados de deudas cuyo vencimiento debía operarse el día de la quiebra o con posterioridad, o que impliquen la constitución de prenda o hipoteca u otra preferencia respecto de una obligación que anteriormente no tenía esa garantía. Asimismo, el art. 119 LCQ establece que serán igualmente ineficaces todos los restantes actos perjudiciales para los acreedores realizados dentro de dicho período si quien celebró el acto tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor.

La cuestión no presenta mayores complicaciones, debiendo atenderse a las particularidades del caso concreto para determinar si efectivamente el fideicomiso de garantía se constituyó en fraude de los acreedores.

Cabe sí, efectuar ciertas precisiones sobre el carácter que debe darse a la transferencia fiduciaria; esto es, determinar su onerosidad o gratuidad.

La doctrina mayoritaria entiende que la transferencia fiduciaria no es gratuita ni onerosa en sí misma, sino precisamente fiduciaria; afirman que el carácter vehicular del fideicomiso obliga a buscar la onerosidad en el negocio subyacente que le sirvió de causa[43].

Con relación al estado de cesación de pagos, Favier Dubois (h) explica que la situación se configura si el fiduciario, beneficiario o fideicomisario designados tuvieron conocimiento de la misma, o debieron conocer atento sus calidades profesionales.

A su vez, el citado autor señala que en el marco del concurso preventivo, podría decretarse una medida cautelar por la cual el acreedor beneficiario deba prestar caución suficiente para cubrir la eventualidad que se decrete la quiebra y prosperen las acciones de ineficacia.

Kelly también advierte que el art. 118 inc. 3 LCQ refiere a “preferencias”, quedando incluida la garantía fiduciaria dentro de dicho precepto, pudiendo prosperar la acción de ineficacia en caso de acreditarse el cumplimiento de los restantes requisitos[44].

Por otra parte, en el supuesto caso que no se cumplan los específicos presupuestos exigidos por las acciones de ineficacia analizadas precedentemente, resta a los acreedores la interposición de la acción pauliana contenida en los arts. 961 a 972 C.C.

3. Análisis de dos proyectos de ley [\[arriba\]](#)

A continuación se analizarán dos proyectos de ley, que se encuentran actualmente a estudio del Congreso de la Nación, a los fines de reformar cuestiones atinentes al fideicomiso en garantía.

Por razones metodológicas y atento el estado público que ha tomado la cuestión en estos últimos meses, se examinará, en primer lugar, el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, en lo que es específica materia de tratamiento en la presente exposición, y luego otro proyecto de reforma de la Ley N° 24.522, que procura incorporar el fideicomiso en garantía a dicho cuerpo legal.

El citado anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial concluye una materia que fue objeto largos debates doctrinarios reconociendo la legalidad del fideicomiso en garantía y la “ejecución” privada de los bienes. En este sentido, el art. 1680 prevé lo siguiente: “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 fideicomitidos, 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”.

A su vez, cabe señalar que el anteproyecto reconoció la posibilidad que el fiduciario reúna la calidad de beneficiario (algo sumamente controvertido en doctrina y jurisprudencia, que si bien no fue materia de específico tratamiento en la presente, resultará de utilidad al exponer las conclusiones). De esta forma, el art. 1663 dispone: “El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar

cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.”

Si bien consideramos que tales incorporaciones constituyen un gran acierto del legislador, creemos que resultan insuficientes. Como pudo observarse, las controversias que la utilización del fideicomiso en garantía trae aparejada no son pocas, ni pareciera que quede un pacífico recorrido por delante, estimando ser ésta la oportunidad idónea para ahondar en la profundización de la figura con miras a legitimar la seguridad jurídica que merece[45].

Por otra parte, cabe hacer una breve referencia al proyecto de ley presentado por los legisladores Balestrini y Cigogna, que incorpora al fideicomiso en garantía en la ley de concursos y quiebras.

En el mismo, se modifican los arts. 19 y 21 LCQ, que refieren a los intereses y la ejecución de las garantías reales, incluyendo los fideicomisos en garantía. A su vez, el proyecto incorpora el art. 247 bis, regulando la verificación del crédito garantizado con un fideicomiso en garantía y el cómputo del pasivo a los fines del cálculo del acuerdo.

Resulta necesario hacer hincapié en el art. 3 de dicho cuerpo normativo, que prescribe lo siguiente: “En caso de quiebra, la cesión fiduciaria en garantía será inoponible a los titulares de créditos quirografarios cuya causa o título fueran anteriores a la publicidad de la cesión y a la incorporación de los bienes cedidos al patrimonio del deudor.”

Esta norma fue objeto de serias críticas. Repárese que se permite la declaración de ineficacia de pleno derecho del fideicomiso en garantía respecto de acreedores de causa anterior sin tener en cuenta ninguno de los presupuestos previstos en la ley de concursos al efecto[46].

Evidentemente, dicha situación debilitaría la posición jurídica del fideicomiso en garantía a punto tal que quedaría sin eficacia práctica alguna.

4. Consideraciones Finales [\[arriba\]](#)

Conforme fuera señalado oportunamente, la cuestión bajo análisis presenta notorias dificultades que motivaron las diversas y bien fundamentadas posiciones expuestas precedentemente.

La amplia elaboración doctrinaria y los reiterados pronunciamientos judiciales fueron -y aún hoy continúan- delimitando el camino a seguir en aras de encontrar la armonía normativa pretendida que proteja debidamente los intereses de todos los sujetos involucrados, procurando velar por el respeto que las instituciones jurídicas requieren para conciliar la tan ansiada seguridad jurídica.

En esta altura de la exposición, se intentará efectuar un aporte que contribuya a zanjar la cuestión objeto de estudio, compartiendo elementos comunes a algunas de las posturas desarrolladas y proponiendo una reforma legislativa tendiente a esclarecer tan controvertida situación; ello, sin desmerecer la solidez de las posiciones señaladas anteriormente y sin desconocer la importancia de quienes han sido sus creadores.

4.1. La garantía fiduciaria es autónoma

Conforme fuera anticipado oportunamente, el nódulo de la cuestión radica en delimitar la naturaleza jurídica de la garantía fiduciaria para luego desandar en sus consecuencias jurídicas propias frente al concreto supuesto bajo análisis.

El negocio fiduciario conforma una figura jurídica sui generis, sumamente compleja y novedosa, con particularidades que la distinguen de las instituciones jurídicas tradicionales conformantes de nuestro sistema.

Estos elementos distintivos convierten al fideicomiso en garantía como protagonista de una marcada tendencia existente a nivel global, consistente en la flexibilización e incluso el quiebre total del principio de accesoriedad de las garantías[47]. Ello, si bien implica un cambio de paradigma en nuestro ordenamiento jurídico (con las dificultades que ello trae aparejado), es una realidad que no puede ser desconocida y que, de hecho, se encuentra encaminada en tal sentido[48].

La existencia de la garantía fiduciaria implica la creación de un vínculo obligacional totalmente autónomo e independiente respecto de aquel que sustentó su nacimiento. Es decir, se erigen dos relaciones jurídicas claramente diferenciadas, que recorren caminos paralelos pero de manera coordinada, eliminándose así la relación de subordinación y accesoriedad propia de las tradicionales modalidades de garantía[49].

Véase: el fiduciario se obliga a cumplir una manda específica (que es el cumplimiento de la obligación ante el requerimiento expreso del acreedor, en el fideicomiso puro, o mediante el producido del fideicomiso, en el de garantía y pago) sin poder oponer los vicios o invalidez del negocio base; de ahí su abstracción.

Naturalmente, la causa fuente de la garantía la constituye la obligación principal del deudor -actual, futura o eventual- pero su nacimiento le confiere vida propia, independizándose absolutamente de su causa.

En este sentido, cabría perfectamente admitir, como lo propone calificada doctrina, la acumulación y sustitución del crédito sin que ello implique la pérdida de la garantía[50].

En efecto, el reciente Decreto N° 191/2011, mediante la cual la Comisión de Reformas redactó el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, regula expresamente la cuestión atinente a las garantías autónomas, postulando su legalidad e inclusión como nueva alternativa para brindar seguridad a las distintas operaciones.

El art. 1810 de dicho cuerpo normativo prevé la creación unilateral de garantías autónomas, sean a primera demanda o no, obligándose el garante a pagar una suma de dinero o una prestación determinada con independencia de las excepciones que el ordenante pudiese tener.

Esto no hace más que confirmar la tesis que aquí propugnamos.

Resulta necesario repasar, en este punto de la exposición, los distintos tipos de fideicomisos en garantía elaborados por la doctrina, por cuanto se desprenderán distintas consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto:

a) Fideicomiso en garantía puro: el fiduciario deberá proceder a la venta del bien fideicomitado (o adjudicarlo directamente, en caso de entender viable esta posibilidad) frente al requerimiento expreso efectuado por el acreedor beneficiario, quien deberá acompañar la documentación necesaria que permita acreditar el hecho objetivo del incumplimiento del fiduciante, sin poder el fiduciario oponer otras excepciones que las inherentes al fideicomiso mismo.

Nos encontramos aquí frente a un claro supuesto de garantía a primera demanda, en el cual la prestación que recae sobre el fiduciario consiste en la comprobación del hecho objetivo del incumplimiento del deudor fiduciante y consiguiente cancelación de la obligación, ante el solo requerimiento del acreedor beneficiario.

Kemelmajer de Carlucci efectúa un minucioso desarrollo sobre las garantías a primera demanda, defendiendo su legitimidad y proponiendo su regulación interna. Dentro de la extensa elaboración efectuada por la autora, cabe resaltar la resolución del Tribunal de Casación Italiano, quien entendió que la garantía autónoma queda configurada cuando la convención que le da nacimiento impide al garante oponer cualquier defensa que tuviese el deudor, y del Tribunal de Toulouse, Francia, que manifestó que el hecho que se estipule en el contrato que la garantía pueda hacerse efectiva solo en caso que resulte incumplida la obligación principal no implica que la misma pierda su condición de garantía a primera demanda[51].

b) Fideicomiso en garantía y pago: en esta modalidad contractual el fiduciario debe utilizar el producido del fideicomiso para cancelar la obligación que el fiduciante mantiene con el acreedor beneficiario, independientemente del estado de cumplimiento de la relación obligatoria que vincula a estos últimos (fiduciante y acreedor).

Este supuesto configura una garantía autónoma, en los términos que venimos sosteniendo, sin embargo, difiere del supuesto anterior, atento no revestir la calidad de “a primera demanda o primer requerimiento”. Ello, por cuanto el cumplimiento de la manda que pesa sobre el fiduciario no depende del requerimiento del acreedor beneficiario sino que recae exclusivamente sobre el mismo, debiendo efectuar los pagos (conforme fuera estipulado en el convenio) independientemente del cumplimiento de la obligación del deudor fiduciante y del interés del acreedor beneficiario.

Esto, como se verá, trae aparejadas importantes consecuencias frente al concurso o quiebra del fiduciante.

4.2. La garantía fiduciaria frente al concurso del fiduciante

Dijimos anteriormente que la determinación de la naturaleza jurídica de la garantía fiduciaria nos conduciría a la solución del planteo efectuado por cuanto es allí donde reside el nudo gordiano del conflicto.

Entendemos que, si la garantía fiduciaria fuese accesoria de la obligación principal, debería entonces el acreedor beneficiario legitimar su derecho

presentándose en el concurso del fiduciante a verificar su crédito, sin perjuicio de gozar de la preferencia consistente en la posibilidad de cobrar sobre los bienes fideicomitidos. En este específico supuesto -que negamos-, el acreedor no podría obviar lo dispuesto por el art. 32 LCQ por cuanto, a diferencia de lo que sucede en la fianza, el fiduciario luego de cumplir su manda no tendría crédito alguno para verificar en el concurso, eliminando así la posibilidad que los restantes acreedores ejerzan un control sobre dicho crédito. A su vez, la eventual declaración de inadmisibilidad del crédito, o su disminución, importaría la extinción misma o limitación de la garantía fiduciaria, en los términos del art. 525 C.C.

Sin embargo, creemos firmemente, en virtud de los argumentos ofrecidos en el punto precedente, que la garantía fiduciaria constituye un auténtico supuesto de garantía autónoma, independizándose la obligación del fiduciario de la propia del deudor. Esto, naturalmente, implica que el acreedor pueda perseguir el cobro del crédito directamente del fiduciario siendo completamente ajeno al procedimiento concursal. Ahora bien, nada impide -e incluso es aconsejable- que, efectivamente, se presente a verificar su crédito, de carácter quirografario -atento no existir bienes del deudor sobre los cuales tenga privilegio alguno- y eventual, para el supuesto en que la ejecución de la garantía sea insuficiente para cubrir la totalidad de su crédito.

Sin embargo, sobre este aspecto, entendemos necesario efectuar ciertas precisiones, en tanto las consecuencias jurídicas serán distintas según el tipo de fideicomiso que se trate, y según se verifique en firme la totalidad del crédito o de manera condicional, para satisfacer un eventual remanente.

En el fideicomiso de garantía puro, el acreedor puede, ante el incumplimiento del deudor, requerir al fiduciario que cumpla con las instrucciones dadas en el contrato de fideicomiso. Ahora bien, nada obsta a que decida participar del procedimiento concursal, verificando la totalidad de su crédito, votando el acuerdo y sometiéndose, en consecuencia, a las resultas del mismo[52]. En este caso, estaríamos frente a un supuesto de remisión de deuda implícita, en los términos del art. 876 Cód. Civ. y c.c., extinguiéndose el contrato de fideicomiso por resultar de objeto imposible. Permitir una solución contraria implica quebrar abiertamente el principio par condicio creditorum, en tanto el acreedor no sería un real destinatario del acuerdo (pudiendo requerir el cumplimiento de su obligación al fiduciario), afectando de esta forma los intereses del conjunto de acreedores.

En caso que la verificación sea condicional para el eventual supuesto que resulte insuficiente la “ejecución” de la garantía, naturalmente, deberá sí, aplicarse los efectos propios del acuerdo previstos en el art. 55 LCQ, cobrando el acreedor beneficiario de manera equitativa con el resto de los acreedores en función de lo específicamente estipulado en el acuerdo.

La situación es notablemente distinta en el supuesto del fideicomiso de garantía y pago. En ella, el fiduciario debe efectuar pagos al acreedor beneficiario con el producido del fideicomiso, independientemente del incumplimiento del deudor y/ o requerimiento del beneficiario, debiendo incluso consignar judicialmente el pago en caso que el acreedor beneficiario se niegue a recibirlo. Esto implica que éste último tenga legitimación a los fines de participar en el procedimiento concursal únicamente como acreedor condicional, sin posibilidad de verificar la totalidad del crédito ni votar el acuerdo.

Por otra parte, estimamos que el fiduciario debe, en cumplimiento de las obligaciones legales que le corresponden, informar al concurso sobre la existencia del contrato de fideicomiso y rendir cuentas de los pagos que se hayan efectuado o del resultado de la liquidación de los bienes fideicomitidos, según lo que haya sido concretamente estipulado; ello, atento el interés directo que el conjunto de acreedores tiene sobre el crédito del beneficiario y la garantía fiduciaria.

Otra de las cuestiones troncales que fueron examinadas es la relativa al efecto novatorio del acuerdo preventivo. Este asunto se encuentra igualmente condicionado por la particular naturaleza de la garantía fiduciaria, y debe seguir, por ende, idéntica suerte que las cuestiones precedentes.

La independencia misma de la obligación aleja, en principio, cualquier posibilidad de novación. El beneficiario puede exigir el cumplimiento del contrato de fideicomiso al fiduciario, sin que éste pueda oponer una supuesta quita o espera (o lo que fuera) resultante del acuerdo homologado; son relaciones obligatorias distintas.

Ahora bien, en caso que exista un remanente con motivo de una insuficiente “ejecución”, el acreedor que haya verificado su crédito deberá someterse a las resultas del acuerdo preventivo, padeciendo íntegramente los efectos del art. 55 LCQ.

La situación de las medidas cautelares, como pudo observarse, es por demás compleja. En principio, entendemos que los bienes están fuera del alcance de cualquier medida precautoria en virtud de ser ajenos al patrimonio concursal; ello, salvando aquellas que fuesen incoadas en el marco de una acción de ineficacia concursal o de fraude, o por incumplimiento del contrato de fideicomiso.

No desconocemos la tendencia que ha adoptado la jurisprudencia últimamente al admitir la procedencia de las medidas cautelares genéricas o las propias del art. 24 LCQ, destinadas a suspender la ejecución de la garantía. De todas formas, creemos que la defensa de los intereses allí sostenidos -conservación de la empresa e interés de los acreedores- debe ser encausada por la vía adecuada, so pena de distorsionar la esencia misma del fideicomiso.

4.3. Propuesta de reforma legislativa

A modo de síntesis, cabe efectuar una propuesta de reforma legislativa que contemple específicamente el planteo que motivó estas páginas, creyendo ser el camino conducente para conseguir la anhelada seguridad jurídica requerida por el dinamismo propio del tráfico mercantil.

La propuesta que efectuamos se encuentra hoy presente, en gran medida, en el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que contempló expresamente el fideicomiso en garantía y las garantías autónomas. Sin embargo, consideramos que, tal como están las cosas, la reforma quedaría a mitad de camino, descuidando esta situación controvertida en doctrina y jurisprudencia.

Estimamos que la regulación de la normativa debiese efectuarse respetando cuidadosamente la naturaleza jurídica de garantía autónoma propia del fideicomiso en garantía.

Ello implicaría concluir con la discusión sobre si el acreedor beneficiario debe o no participar del procedimiento concursal, reforzando de esta forma la eficacia de esta herramienta jurídica que tanto ha aportado últimamente para dar seguridad a las distintas operaciones comerciales.

Es válido aclarar que ello no implica de ninguna manera desproteger los intereses del conjunto de acreedores, quienes tienen los mecanismos legales idóneos para evitar la constitución de un fideicomiso fraudulento.

En este sentido, proponemos la reforma de las siguientes normas de la ley de concursos y quiebras:

“Artículo 32 bis. Verificación de créditos en supuestos de fideicomisos y por otros sujetos legitimados. El acreedor beneficiario de un fideicomiso en garantía está facultado para perseguir el cobro del crédito de conformidad a lo específicamente estipulado en el contrato, con independencia del proceso concursal.

Cuando el contrato de fideicomiso no haya impuesto al fiduciario la obligación de efectuar pagos al acreedor beneficiario con independencia del eventual incumplimiento de la obligación originaria del deudor fiduciante, el acreedor podrá verificar la totalidad del crédito en firme y votar el acuerdo, importando ello remisión de la deuda fiduciaria.[53]”

“Artículo 55. Novación. En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador, de los codeudores solidarios, ni de las garantías fiduciarias”.

Por otra parte, consideramos necesario incluir dentro de los sujetos legitimados para emitir garantías a primera demanda al fiduciario persona física, atento las diversas modalidades que la garantía fiduciaria pudiese adoptar. De esta forma, el art. 1811 del anteproyecto en cuestión debiese quedar redactado de la siguiente manera:

“Artículo 1811.- Sujetos. Pueden emitir esta clase de garantías:

- a) las personas públicas;
- b) las personas jurídicas privadas en las que sus socios, fundadores o integrantes no responden ilimitadamente;
- c) en cualquier caso, las entidades financieras y compañías de seguros, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas.
- d) el fiduciario, sea persona humana o jurídica.”

Otro de los aspectos propuestos como proyecto de reforma es lo atinente a las medidas cautelares destinadas a suspender la ejecución de las garantías.

Como dijéramos anteriormente, la garantía fiduciaria está conformada por un patrimonio separado al propio del fiduciante y del fiduciario, no siendo procedentes las medidas cautelares incoadas en el marco del concurso -sean

genéricas o la específica del art. 24 LCQ- que dispongan la suspensión de la ejecución.

La cuestión se presenta más compleja cuando los bienes fideicomitidos consisten en flujos de fondo de la empresa que pongan en peligro la continuidad de la misma. Sin desconocer la importancia de los principios concursales en juego - conservación de la empresa e interés de los acreedores-, consideramos que no debiera permitirse penetrar el manto protector propio del fideicomiso sino recurrir a los mecanismos legales previstos al efecto de atacar el negocio fiduciario en sí mismo; es decir, si el fideicomiso fue constituido en fraude de los acreedores, deberían iniciarse las acciones de ineficacia concursal respectivas, o en su caso, la revocatoria pauliana que prevé el Código Civil (o medidas cautelares en el marco de dichas acciones), mas nunca, por no existir norma alguna que lo legitime, transgredir la burbuja patrimonial congénita al fideicomiso.

Por ello, planteamos la siguiente reforma al art. 24 LCQ:

“Artículo 24.- Suspensión de remates y medidas precautorias. En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del artículo 16, párrafo final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria. Los servicios de intereses posteriores a la suspensión son pagados como los gastos del concurso, si resultare insuficiente el producido del bien gravado. Esta suspensión no puede exceder de NOVENTA (90) días.

En ningún supuesto se podrá suspender el cumplimiento del contrato de fideicomiso en garantía, quedando a salvo las medidas cautelares incoadas en el marco de una acción de incumplimiento contractual, de ineficacia concursal o de fraude.”

5. Conclusión [\[arriba\]](#)

Creemos que las normas jurídicas deben, ineludiblemente, adaptarse a la rítmica evolución del comercio, debiéndose delimitar claramente el alcance de las distintas herramientas e instituciones jurídicas, para brindar la certeza y seguridad jurídica que toda operación necesita.

Resulta trascendental la actuación conjunta y coordinada de las elaboraciones doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas para optimizar el desarrollo del comercio, procurando respetar los más elementales principios generales del derecho y la esencia misma de cada figura jurídica.

La aparición del fideicomiso marcó un punto de partida hacia una nueva estructuración de los diversos negocios jurídicos y es la adaptación normativa la única posibilidad cierta de mantener los notorios beneficios que dicha herramienta trae aparejada.

El desarrollo de la presente exposición pretende despertar en el lector la inquietud sobre esta controvertida situación habida entre el fideicomiso en garantía y el concurso del fiduciante, ofreciendo una solución que, estimamos, significaría un gran avance en el cumplimiento de los objetivos perseguidos.

** El presente trabajo tiene por base la investigación realizada con motivo de la tesis final para optar al título de Magíster en derecho empresario por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Dicha tesis recibió el nombre de “El fideicomiso en garantía y el concurso del fiduciante”, fue dirigida por el Dr. Juan Carlos Palmero y defendida ante un jurado integrado por los profesores Eduardo Barreira Delfino, Alejandro Claps y Daniel F. Alonso el día 28 de noviembre de 2012. Un ejemplar de la tesis puede consultarse en la Biblioteca Central de la Universidad Austral.*

[1] Cabe destacar que ninguna de las leyes en cuestión (fideicomisos y concursos y quiebras) contemplaron la situación de la garantía fiduciaria frente al concurso del fiduciante.

[2] Luis M. GAMES y Gustavo ESPARZA, “El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra”, E.D., 1017-1021

[3] Cnf. José F. MÁRQUEZ, “El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante”, en “Concursos-II”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, T° 2003-1, Rubinzal Culzoni, 2003, Santa Fe, 143-144.

[4] CNCom., Sala D, “Trenes de Buenos Aires S.A. s/ Concurso Preventivo”.

[5] Técnicamente no habría ejecución de la garantía propiamente dicha sino simplemente cumplimiento del contrato de fideicomiso.

[6] Cnf. Jorge Roberto HAYZUS, “Fideicomiso”, Astrea, Buenos Aires, 2000, 109.

[7] Cnf. Claudio M. KIPER, “El fideicomiso de garantía y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, JA 2007, 1049.

[8] Tomás M. ARAYA y Marcelo B. TERÁN, “El fideicomiso de garantía y la cesión de créditos en garantía como garantías autoliquidables ante la insolvencia”, Derecho Económico Empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría, I, 379-380.

[9] Cnf. José F. MÁRQUEZ, Op. Cit., 143.

[10] CNCom., Sala D, “Trenes de Buenos Aires S.A. s/Concurso Preventivo”.

[11] Cnf. Héctor ALEGRÍA, “Fideicomiso en garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante)”, L.L. 2004-D-847.

[12] Art. 43 LCQ: “...Los acreedores privilegiados que renuncien expresamente al privilegio, deben quedar comprendidos dentro de alguna categoría de acreedores quirografarios. La renuncia no puede ser inferior al treinta por ciento (30%) de su crédito...”

[13] Cnf. Mario A. CARREGAL, “Fideicomiso de garantía: lícito y necesario”, L.L., 2000, 948.

[14] Art. 126 LCQ: “Todos los acreedores deben solicitar la verificación de sus créditos y preferencias en la forma prevista por Artículo 200, salvo disposición expresa de esta ley...”

[15] Art. 239 LCQ: “Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones...”

[16] El autor señala que si bien las leyes 24.441 y 24.522 fueron sancionadas con pocos meses de diferencia, sus tiempos de gestación y discusión difieren, siendo por ende comprensible que el legislador no haya reparado en incluir al fideicomiso de garantía dentro de los privilegios.

[17] Cnf. Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h), “La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, ED, 229-657

[18] Cnf. Julio KELLY, “Fideicomiso de garantía”, JA, T. III, 1998, 782

- [19] Cnf. Claudia RAISBERG, "¿Debe presentarse a verificar el beneficiario de una contrato de fideicomiso en garantía en el concurso del fiduciante?", Contrataciones empresarias modernas, Ad-hoc, Buenos Aires, 2005, 237
- [20] Cnf. Alicia PUERTA DE CHACON, "Propiedad fiduciaria en garantía. ¿Es posible en el derecho vigente?", en "Fideicomiso", Revista de Derecho Privado y Comunitario, T° 2001-3, Rubinzal Culzoni, 2002, Santa Fe, 210
- [21] CNCom., Sala E, "Feroanco S.A. s/Concurso Preventivo s/ incidente de verificación por Sinsbur S.A.", 14.07.2010
- [22] Cnf. Luis M. GAMES y Gustavo ESPARZA, Op. Cit., 1024-1028
- [23] Art. 24 LCQ: "En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del artículo 16, párrafo final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria. Los servicios de intereses posteriores a la suspensión son pagados como los gastos del concurso, si resultare insuficiente el producido del bien gravado. Esta suspensión no puede exceder de NOVENTA (90) días.
- [24] Art. 110 LCQ: "El fallido pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico. Puede, sin embargo, solicitar medidas conservatorias judiciales hasta tanto el síndico se apersona, y realizar las extrajudiciales en omisión del síndico.
- [25] Cnf. Luis M. GAMES y Gustavo ESPARZA, Op. Cit., 1027, con cita a Héctor CAMARA.
- [26] Cnf. José F. MÁRQUEZ, Op. Cit., 144.
- [27] Cnf. Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h), Op. Cit., 229-657.
- [28] CNCom., Sala C, "Litoral Citrus S.A. s/Concurso Preventivo", 07/12/2002.
- [29] En este sentido, CNCom., Sala C, "Emprendimientos Hipotecarios S.A. s/Concurso Preventivo", 16/06/00.
- [30] Juzg. 1° Inst. Nro. 2 de Salta, "Dinar Líneas Aéreas S.A. s/Concurso Preventivo", 09/08/02.
- [31] CNCom., Sala E, "Kayders S.A. s/Concurso Preventivo", 08/05/06.
- [32] Adolfo A.N. ROUILLON, "La inesperada, enigmática y complicada novación concursal", ED, 179-887.
- [33] Art 803 1ra. parte C.C.: "La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias..."
- [34] Art. 2047 C.C.: "La extinción de la fianza por la novación de la obligación hecha entre el acreedor y el deudor, tiene lugar aunque el acreedor la hiciese con reserva de conservar sus derechos contra el fiador."
- [35] Art 803 2da. parte C.C.: "El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha."
- [36] Art. 804 C.C.: "El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación."
- [37] Art. 2049 C.C.: "La renuncia onerosa o gratuita del acreedor al deudor principal, extingue la fianza, con excepción de las renunciaciones en acuerdo de acreedores, aunque ellas importen la remisión de la deuda y aunque los acreedores no se reserven expresamente sus derechos contra el fiador."
- [38] Cnf. Adolfo A.N. ROUILLON, Op. Cit., 179-887; Pablo C. BARBIERI, "Un nuevo cambio de criterio sobre el efecto novatorio del acuerdo preventivo", JA 2002-III-1134.
- [39] Cnf. Pablo D. HEREDIA, "Novación concursal y tratamiento de los fiadores, codeudores y garantes del deudor: las enseñanzas del derecho comparado y la cuestión en el derecho argentino", JA 2002-II, 1246.

- [40] Cnf. Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h), Op. Cit., 229-657.
- [41] Cnf. Héctor ALEGRÍA, Op. Cit., 847; y Mario CARREGAL, Op. Cit., 948.
- [42] Art. 15 LF: “Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.”
- [43] Cnf. José F. MÁRQUEZ, Op. Cit., 145; Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h), 229-657.
- [44] Cnf. Julio KELLY, Op. Cit., 782.
- [45] La reforma legislativa propuesta se efectúa en la parte final de la tesis.
- [46] Cnf. Juan Luis CATUOGNO y Nicolás FERNÁNDEZ MADERO, “Breve comentario sobre dos proyectos de ley vinculados con el fideicomiso en el concurso y la quiebra”, IJ-L-794.
- [47] Cnf. Alicia PUERTA DE CHACÓN, Op. Cit., 202.
- [48] Cnf. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Las garantías a primera demanda”, en “Fideicomiso”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993, 100. La autora entiende necesaria la regulación de las garantías a primera demanda en el orden interno a los fines de concluir el debate sobre su validez.
- [49] Cnf. Carlos Gilberto VILLEGAS, “Las garantías del crédito”, Rubinzal-Culzoni, 82-83.
- [50] Cnf. Alicia PUERTA DE CHACON, Op. Cit., 204.
- [51] Cnf. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Op. Cit., 109-110.
- [52] Ello, si bien resulta una hipótesis extraña, está dentro de las posibilidades existentes, y debe ser explicada a los fines de comprender cabalmente la solución que aquí se propone.
- [53] El resto del artículo sigue según se encuentra actualmente redactado.