

El fideicomiso en garantía frente al concurso del deudor

Por Fernando Gabriel Morinigo

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El objetivo de este trabajo es analizar la situación de aquellos acreedores garantizados con un fideicomiso en garantía, frente al concurso de su deudor/fiduciante. Más concretamente, los aspectos a analizar de dicha problemática serán básicamente dos. El primero es determinar si los aludidos acreedores deben verificar sus créditos en el concurso preventivo o si, por el contrario, están eximidos de dicha carga.

En caso de darse una respuesta afirmativa al primer interrogante planteado, inmediatamente surge el segundo aspecto que se analizará en este trabajo, esto es, si el crédito debe ser verificado como puro y simple o si, por el contrario, debe serlo con carácter de eventual o condicionado.

Antes de comenzar a tratar las cuestiones propuestas destaco que no he de realizar un análisis sobre la oponibilidad o licitud de la figura del fideicomiso de garantía, ya que el estado de avance de nuestra doctrina y jurisprudencia han restado toda vigencia a la ya vetusta discusión, siendo hoy incuestionable que dicho contrato es plenamente válido y oponible al concurso o quiebra del deudor, salvo fraude[1].

II. Carga de verificar en el concurso [\[arriba\]](#)

En una primera aproximación al tema, cabe comenzar señalando que por aplicación del principio de universalidad del proceso concursal, el artículo 32 de la ley 24.522 (en adelante “LCQ”) dispone que “todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios”.

A la luz de esta norma, prima facie, parecería no haber lugar para discusión: todos los acreedores deben verificar sus créditos. Como se verá, esta supuesta claridad de la norma no ha impedido la existencia de posturas disímiles.

Así, puede verse que en un importante precedente, la Sala D de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo la tesis que afirma que los acreedores garantizados con un fideicomiso de garantía no están obligados a verificar sus créditos en el concurso preventivo del deudor/fiduciante[2].

En efecto, el 9 de septiembre de 2008 la mencionada Sala dictó sentencia en los autos “Trenes de Buenos Aires S.A. s/Concurso Preventivo s/Incidente de Apelación” y dijo: “...respecto del beneficiario sólo resulta necesario denunciar la garantía fiduciaria a simple título informativo, pero nunca en calidad de privilegio o preferencia, porque se trata de una garantía que afecta un activo ajeno al patrimonio del concursado. 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 de fiduciante o constituyente del fideicomiso de garantía (conf. Heredia, P., ob. cit., t. I, pág. 677/678)”[3]. En línea con esto, el autor citado sostiene que el acreedor/beneficiario no deberá verificar su crédito en el proceso respectivo, e incluso que tampoco debe “rendir cuentas en el mismo en caso de remate no

judicial, tal como sí sería exigible para el caso de los acreedores de garantías reales"[4].

En primer lugar, cabe señalar que la conclusión a la que arriba el Tribunal no aparece como una derivación de la premisa en que aparenta fundarse. Advértase que la mentada conclusión (que el acreedor no debería verificar su crédito), es extraída de la siguiente premisa: que los bienes sobre los que recae su privilegio o preferencia han salido del patrimonio del deudor/fiduciante.

Ahora bien, la premisa en cuestión -indudablemente acertada, por cierto- sólo puede justificar como conclusión que el crédito carezca de privilegio en el marco del concurso preventivo, pero no que no deba someterse al proceso de verificación[5]. Si se sostiene que los bienes asiento de la garantía están fuera del patrimonio del deudor, entonces el crédito debe ser verificado con carácter quirografario[6], ya que la existencia de la garantía no produce la novación del crédito ni extingue la obligación del deudor principal[7].

Por otra parte, como demostración de que no es suficiente el argumento de que el acreedor no tiene la carga de verificar su crédito porque los bienes sobre los que recae su garantía están fuera de su patrimonio, sólo debe recordarse que no se encuentra controvertido que los acreedores garantizados con bienes de propiedad de terceros sí tienen la carga de verificación, pese a que dichos bienes tampoco están dentro del patrimonio del deudor. Piénsese, por ejemplo, en el crédito garantizado con una hipoteca constituida por un tercero en garantía de una deuda del concursado. En este caso, el crédito es admitido en el concurso del deudor como crédito concurrente, pese a que el bien objeto de la garantía está fuera de su patrimonio.

Pese a lo expuesto, corresponde destacar que lo resuelto por la Sala D encuentra respaldo en parte de la doctrina, que con un carácter eminentemente pragmático sostiene que "si ante el concurso del fiduciante, el beneficiario debe someterse al proceso concursal, con todas las implicancias que ello tiene, la figura del fideicomiso de garantía no tiene sentido de ser como herramienta jurídica"[8].

La tesis contraria a la sentada por la Sala D en el fallo antes mencionado, es sostenida por otra Sala de la misma Cámara. En los autos "Feroanco S.A. s/Concurso preventivo s/Inc. de verificación por: Sinsbur S.A.", la Sala E, afirmó que "la constitución de un fideicomiso en garantía no produce la novación ni extinción de la obligación garantizada"[9]. Tomando esta premisa, sostuvo que, si se admite que la constitución del fideicomiso no produjo la novación del crédito ni liberó al deudor original ni produjo la exclusión del crédito del pasivo concursal, necesariamente debe concluirse que el crédito debe ser verificado en el concurso del deudor[10].

También se ha destacado que la transmisión fiduciaria en modo alguno determina que el fiduciante/deudor haya realizado una dación en pago (pro soluto), por lo que el deudor no quedó liberado de su obligación[11].

En apoyo a la tesis que estima necesaria la verificación del crédito, Barreira Delfino ha expresado que "el crédito obtenido oportunamente debe probar que es cierto, genuino y legítimo, de modo de obtener el reconocimiento de la legitimidad de la acreencia insinuada"[12] y que la alternativa de repago que implica la garantía fiduciaria puede ser insuficiente para cancelar la totalidad del

crédito garantizado, lo que habilitaría al acreedor/beneficiario a recuperar el saldo insoluto, participando a prorrata del acervo concursal[13].

En virtud del análisis efectuado hasta el momento, cabe considerar acertada la tesis que sostiene que los acreedores garantizados con fideicomiso en garantía también tienen la carga de verificar sus créditos en el concurso de su deudor. Esta primera conclusión no sólo se justifica por los argumentos antes expuestos, sino también porque no existe ninguna norma que exima a este tipo de acreedores de pasar por el tamiz de la verificación de créditos[14] y ello permite que los demás acreedores, el síndico y el propio juez del concurso puedan controlar la legitimidad de la causa y el monto de la acreencia garantizada con este tipo de fideicomisos. De lo contrario, esta útil herramienta jurídica podría ser empleada para que el concursado pague deudas preconcursales de dudosa legitimidad sin el debido contralor de los sujetos antes mencionados.

III. Carácter con que debe ser verificado el crédito. Con privilegio o como quirografario. ¿Crédito eventual? [\[arriba\]](#)

Como se anticipó en la introducción, en caso de darse una respuesta afirmativa al interrogante sobre si el acreedor/beneficiario de un fideicomiso en garantía debe verificar su crédito en el concurso de su deudor/fiduciante, surgiría la segunda cuestión a tratar: con qué carácter debe ser verificado el crédito.

Una primera posición -minoritaria- sostenida principalmente por Alegría, entiende que el crédito debe ser verificado como privilegiado. Para este autor la verificación del crédito como quirografario es inexacta porque el acreedor tiene una garantía constituida por el deudor sobre bienes que integraban su patrimonio y que tienen vocación eventual de retornar al mismo. Llegado este punto, Alegría hace una aguda apreciación que después veremos como es salvada por los que sostienen la otra postura. Este autor afirma que, de verificarse el crédito como quirografario, el acreedor “podría intervenir en las decisiones del concurso en tal carácter, lo que resultaría inequitativo para los demás acreedores”[15]. Es decir, si se verifica a este acreedor “privilegiado” con el carácter de quirografario, se le estaría permitiendo votar la propuesta de acuerdo preventivo que presentará el deudor. Esto, prima facie, aparece como injusto para los demás acreedores quirografarios, ya que este especial acreedor estará decidiendo qué sacrificio tendrán que tolerar los demás acreedores quirografarios, cuando él muy probablemente percibirá la totalidad de su acreencia con el producido de los bienes fideicomitados.

Por el contrario, como se desprende de lo reseñado en el apartado precedente, la jurisprudencia viene verificando a este tipo de créditos como quirografarios. Ahora bien, para salvar la observación realizada por Alegría (respecto de la intervención de estos acreedores para el voto del concordato), parte de la doctrina y jurisprudencia se han orientado a añadirle al carácter de quirografario el de crédito eventual o condicional.

En el mencionado precedente “Feroanco S.A.” de la Sala E, se resolvió que la acreedora “... como beneficiaria del fideicomiso resulta, así, titular de un crédito condicional, también sometido a la carga verificatoria, aun cuando todavía no se encuentre expedida su percepción por vía concursal”, concluyendo “En esa

inteligencia, el crédito debe ser verificado con carácter de quirografario eventual”[16].

El aditamento del carácter de eventual no es un dato menor, ya que mientras que no se determine el posible saldo insoluto que pudiere quedar por motivo de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, el acreedor así verificado no podrá ejercer ningún derecho en el concurso preventivo[17].

Esto quiere decir que los acreedores beneficiarios de un fideicomiso en garantía, pese a haber obtenido la verificación de su acreencia con carácter de quirografarios, no quedan comprendidos en la base de cálculos para la aprobación de la propuesta concordataria. Concretamente, estos acreedores no tienen derecho a voto[18].

IV. Conclusión [\[arriba\]](#)

De las posturas reseñadas precedentemente, se estima acertada a la fijada por la Sala E en el precedente “Feroanco S.A.”. Los fundamentos para esta apreciación pueden sintetizarse de la siguiente manera:

(i) No existe ninguna norma que exima a este tipo de acreedores de pasar por el tamiz de la verificación de créditos.

(ii) No debe perderse de vista que la denominada etapa informativa, permite que los demás acreedores del deudor puedan controlar la existencia, legitimidad y extensión de todos los créditos. Si se admitiera que los acreedores garantizados con un fideicomiso en garantía tienen el privilegio de no tener que someterse a dicho control, se estaría permitiendo que determinados acreedores perciban deudas preconcursales sin que sus créditos hayan sido reconocidos.

(iii) No corresponde la admisión de privilegio, ya que los bienes que constituyen el objeto del fideicomiso en garantía se encuentran fuera del patrimonio del deudor.

(iv) El Art. 239 de la LCQ dispone que en el concurso sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en el capítulo I, del título IV de la misma ley y en dicho capítulo no se contempla como privilegio a la preferencia que surge de un fideicomiso en garantía.

(v) Al verificarse el crédito como quirografario eventual, se salvaguardan los derechos del acreedor así verificado, ya que ante la eventualidad de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, podrá reclamar el saldo insoluto en el concurso.

(vi) La verificación como quirografario eventual también es justa para los restantes acreedores quirografarios del deudor, ya que el acreedor así verificado no podrá participar del procedimiento de aprobación de la propuesta concordataria.

[1] En el voto en disidencia de los vocales Fayt y Vázquez dictado en la causa “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa E.C.G. S.A. c. Banco Hipotecario S.A.”, del 4/11/2003, se ha admitido la validez de este tipo de

fideicomisos. En sentido similar, también puede verse: CNCom., Sala C, 13/12/2002, "Club Atlético San Lorenzo de Almagro Asoc. Civil s/Concurso Preventivo", LL, 2003-E, 632; CNCiv., sala B, 2002/03/05, "El Albañil S.A. c. Gaudio, Norberto J.", LL, 2002-D, 793-795; CNCom., sala C, 12/07/2002, "Litoral Citrus S.A. s/ conc. prev.", LL, 2002-E, 683; CNCom., sala A, 15/11/2002, "New San y otros s/ BNP Paribas Suc. Bs. As. s/ ordinario". La doctrina enormemente mayoritaria también se ha expedido sobre la validez de este tipo de fideicomisos, entre la que cabe citar por todos a Mario A. Carregal ("Fideicomiso de Garantía Lícito y Necesario" LL, 2000-E-948), Ricardo Luis Lorenzetti (Contratos-Parte Especial, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, tomo II, pág. 325 y sigtes.).

[2] CNCom., sala D, 9/9/2008, LL, 2009-A, 2. Ver considerando 7°, octavo párrafo del citado fallo. Ver también KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., Tratado de fideicomiso, 2da. edición actualizada, Bs. As., Depalma, 2005, pág. 487. Estos autores sostienen que "desde que están fuera del patrimonio del deudor (se refieren a los bienes fideicomitidos) no están comprendidos de universalidad y por ende no son alcanzados por el concurso preventivo o la quiebra del fideicomitente. Salvo para prevenirse frente a la eventualidad de que los bienes fideicomitidos (o su producido) no alcancen para satisfacer al acreedor insatisfecho, garantizado con un fideicomiso, en cuyo caso recomendamos que, como acreedor eventual, se presente documentalmente ante la sindicatura dentro del plazo correspondiente a la insinuación de créditos, opinamos que no existe la necesidad de que éste se deba insinuar en el pasivo concursal".

[3] En similar sentido, Fernández, Raymundo L.-Gómez Leo, Osvaldo R., Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial, Buenos Aires, Depalma, 2004, T. 4, pág. 337.

[4] HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, Bs. As., Ábaco, 2000, t. 1, pág. 677.

[5] Cfr. GIOVENCO, Arturo C., "Fideicomiso de garantía: un importante fallo", LL 2009-A-357, 359.

[6] Al crédito le corresponderá el carácter de quirografario siempre que no tenga algún privilegio previsto en la LCQ, con independencia del fideicomiso en garantía.

[7] En similar sentido: CNCom. Sala E, "Pino Camby S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Acosta, José León y otros", 24/11/03, LL 2004-D, 847.

[8] CAMERINI, Marcelo A., "El fideicomiso de garantía frente al concurso del fiduciante", LL 2009-E-356, 360. Este autor también fundamenta la inexistencia de carga de verificar en que los bienes objeto de la garantía salieron del patrimonio del fiduciante/deudor.

[9] La inexistencia de efecto novatorio también es sostenida por ALEGRÍA, Héctor. Ver "Fideicomiso en garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante)", LL 2004-D, 847-Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales tomo II, 317.

[10] La existencia de la carga de verificar el crédito garantizado con un fideicomiso de garantía también es sostenida por CARREGAL, Mario E., "Reflexiones sobre los Fideicomisos de Garantía y su Problemática Concursal", El fideicomiso de garantía, Heliasta, p. 463. ALEGRÍA, Héctor, Op. Cit.

[11] Cfr. GIOVENCO, Arturo C., Op. Cit., pág. 359.

[12] BARREIRA DELFINO, Eduardo, "Respaldo concursal para la validez del fideicomiso de garantía", LL 2009-A-1, 5.

[13] Cfr. BARREIRA DELFINO, Eduardo, Op. Cit., pág. 6.

[14] Cfr. KELLY, Julio, "Fideicomiso de Garantía", JA, 1998-III-782, 789.

[15] ALEGRÍA, Héctor, Op. Cit.

[16] Este criterio también ha sido seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Santiago del Estero, sala civil y comercial, en la sentencia del 17.11.2005, "Maud, Elías", LLNOA2006 (abril), 273, Cita Online: AR/JUR/6618/2005.

[17] ROUILLON, Adolfo A. N. y FIGUEROA CASAS, Pedro, “Proceso de verificación” en ROUILLON, Adolfo A. N. (director) y ALONSO, Daniel F. (coordinador), Código de Comercio Comentado y Anotado, tomo IV-A. Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 407.
[18] Cfr. RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Concursal, segunda edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, tomo I, pág 381.

© Copyright: Universidad Austral