

## Quiebra

Crédito derivado de un fideicomiso de garantía. Procedencia de su verificación en carácter de quirografario. Cosa juzgada. Improcedencia de la excepción.

- 115249 - CNCom., Sala E, 14/7/2010\* - "Feroanco S. A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación: por Sinsbur S. A.". (Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, año LXXV, n° 39, 24/2/2011).

**Hechos:** *el beneficiario de un fideicomiso de garantía constituido a fin de garantizar un contrato de suministro de cobre insinuó su acreencia en el concurso preventivo del fiduciante. La sentencia de grado verificó el crédito con carácter de quirografario. Ante ello, ambas partes apelaron. La Cámara confirma el fallo recurrido.*

1. — El crédito insinuado por el beneficiario de un fideicomiso de garantía en el concurso del fiduciante debe ser verificado con carácter de quirografario, pues, si bien el insinuante goza de una garantía para el cobro de su acreencia, ella afecta

un activo que no está en el patrimonio del deudor sino en el patrimonio separado del fiduciario.

2. — Corresponde rechazar el planteo de cosa juzgada opuesto por el fiduciante concursado, con fundamento en que el crédito que la beneficiaria de un fideicomiso de garantía pretende verificar fue previamente insinuado por el fiduciario, habiendo sido declarado inadmisibles, pues los efectos de dicha resolución se produjeron exclusivamente con relación a la ausencia de legitimación del último nombrado para insinuar dicha acreencia.

\* Citas legales del fallo 115249: Leyes nacionales 24.441 (*Adla*, LV-A, 296); 24.522 (*Adla*, LV-D, 4381).

# Acerca de la carga de verificar el crédito garantizado con un fideicomiso de garantía y la preferencia emanada del mismo\*

J. Ricardo Balestra

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El fallo. 3. Análisis de los interrogantes planteados. 4. Conclusión.

## 1. Introducción

En fecha 14 de julio de 2010, la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones, Sala E, en autos “Feroanco S. A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación (por Sinsbur S. A.)”, dictó la sentencia que motiva el presente comentario, que, mediante el análisis de lo allí resuelto, pretende realizar algunas reflexiones que sean de utilidad en aquellos casos en que un cliente solicita los servicios profesionales del abogado para que este ejecute un fideicomiso en garantía cuando se ha decretado la apertura del concurso preventivo del fiduciante-deudor o el mismo ha sido declarado en quiebra.

Es importante destacar que, comúnmente, el beneficiario-acreedor tiene una expectativa de cobro superior al común de los acreedores. Dicha expectativa encuentra sustento en que, en el fideicomiso de garantía, el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes al fiduciario, con la finalidad de garantizar, con ellos o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquel, designando como beneficiario al acreedor, para que, en caso de incumplimiento, se pague la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria<sup>1</sup>.

Así, los dos primeros interrogantes que comúnmente se deben responder son si el acreedor-beneficiario debe verificar su crédito ante el concurso y si, en su caso, goza de privilegio especial.

## 2. El fallo

En el caso que nos ocupa, el beneficiario-acreedor y el fiduciante-deudor se vieron vinculados por un contrato en virtud del cual

\* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, año LXXV, n° 39, 24/2/2011, pp. 3-6.

1. Cfr. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado del fideicomiso*, Buenos Aires, LexisNexis - Depalma, 2004, 2ª ed., p. 463.

el primero suministraba al segundo cobre. A fin de garantizar sus obligaciones de pago, el fiduciante-deudor fideicomitió sus flujos de fondos futuros emanados de la venta de sus productos.

Así, declarado en concurso el fiduciante-deudor, el acreedor-beneficiario reclama se le asigne el carácter de preferente a su crédito, en tanto constituía un crédito emergente de su carácter de beneficiario de un fideicomiso en garantía.

En primera instancia, se acoge a la verificación tardía solicitada, pero no se admite el privilegio especial pretendido por el acreedor-beneficiario, dando al crédito el carácter de quirografario. La magistrada de grado funda su resolución en que “[...] la conformación de un patrimonio de afectación es un efecto del contrato de fideicomiso, pero no le otorga carácter de derecho real [...] se trata de una garantía personal que no participa de los caracteres de la garantías reales [...]”. Agrega la *a quo* que

[...] la interpretación de los privilegios es de carácter restrictiva, no pudiendo reconocerse privilegios por analogía; y, en caso de duda, ha de estarse en contra de su inexistencia, habida cuenta de que constituyen excepciones al principio concursal específico de universalidad y al principio general de derecho privado que asigna al patrimonio la significación de ser garantía común de los acreedores.

Apelada la sentencia de grado, el tribunal verifica el crédito con carácter quirografario eventual para el supuesto de que el producido de la liquidación de los activos fideicomitados no fuera suficiente para cancelar íntegramente la acreencia conforme los fundamentos que a continuación se exponen<sup>2</sup>.

### 3. Análisis de los interrogantes planteados

#### 3.1. La carga de verificación

##### 3.1.1. Postura a favor de la verificación

En el fideicomiso, los bienes del fiduciante-deudor o de un tercero son transmitidos a un patrimonio separado y permanecen inmunes a los demás acreedores del fiduciante-deudor o del tercero y del fiduciario. En el fideicomiso de garantía, dichos bienes están afectados a garantizar los créditos identificados en su

2. Ver nota extendida en p. 205.

constitución, siendo beneficiarios los acreedores de tales créditos (arts. 1 a 15 de la Ley 24.441 [*Adla*, LV-A, 296]).

Por su parte, normalmente, las partes pactan que el remanente de bienes no utilizados en la satisfacción de los créditos garantizados debe volver al fiduciante-deudor, como fideicomisario (art. 1 de la Ley 24.441).

Por ello, y conforme tiene dicho Alegria, tales características pueden llevar a preguntarse si esta afectación particular, consentida por el acreedor, podría interpretarse como una novación de los créditos así respaldados<sup>3</sup>.

El tribunal resuelve tal interrogante, al sostener que “resulta procedente la verificación tanto del fideicomiso como de la garantía, toda vez que su constitución no produce la novación ni la extinción de la obligación garantizada”. Así, la Cámara ratifica –aunque con una composición distinta– el criterio sustentado en la causa “Pino Camby”<sup>4</sup>.

En esta oportunidad, la Sala E abiertamente expresa no compartir la corriente jurisprudencial que sostiene que el beneficiario-acreedor no tiene la carga de presentarse a verificar su crédito en el concurso<sup>5</sup>.

Alegria, en su comentario al fallo “Pino Camby”, opinó que el tribunal había resuelto correctamente dicho caso, analizando para ello la Cámara las cláusulas contractuales respectivas, fundándose en la inexistencia de pacto expreso sobre novación o renuncia de derechos, medios extintivos que no se presumen (la Cámara, en aquella oportunidad, citó los arts. 812, 815 y 874 del C. C.). Destacó dicho autor que la constitución de un fideicomiso en garantía, aun consentida por el acreedor sin reserva alguna, no produce novación de la obligación garantizada ni significa, por ende, la extinción de sus otras obligaciones legales o convencionales<sup>6</sup>. Ergo, no habiendo novación de la obligación, resulta procedente cumplir con la carga legal de verificar el crédito ante el concurso.

Carregal se enrola en esta postura y dice que, producido el concurso (sea concurso preventivo o quiebra) del fiduciante-deudor cuya obligación es garantizada a través de un fideicomiso de garantía, todos los acreedores deben formular ante el síndico el pedido de verificación de sus créditos en virtud de lo dispuesto por los artículos 32 y 126 de la Ley 24.522 (*Adla*, LV-D, 4381)<sup>7</sup>.

Kelly sostiene que corresponde al beneficiario-acreedor cumplir con esta carga, toda vez que las normas de fideicomiso

3. Cfr. ALEGRIA, Héctor, “Fideicomiso en garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante)”, *La Ley*, 2004-D, 847.

4. CNCom., Sala E, 24/11/2004, “Pino Camby S. A. s/concurso preventivo s/ incidente de verificación por Acosta, José León y otros”.

5. CNCom., Sala D, 9/9/2008, “Trenes de Buenos Aires S. A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación”.

6. ALEGRIA, Héctor, *op. cit.* (cfr. nota 3).

7. CARREGAL, Mario E., “Reflexiones sobre los fideicomisos de garantía y su problemática concursal”, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (Dir.) y DE REINA TARTIÈRE, Gabriel (Coord.), *El fideicomiso de garantía. Análisis integral, función y régimen*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, p. 463.

so no permiten interpretar que se ha eximido al beneficiario de cumplir con tal carga<sup>8</sup>.

### 3.1.2. *Postura en contra de la verificación*

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

En este sentido se ha expedido la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial, en el fallo de fecha 9 de septiembre del 2008 caratulado “Trenes de Buenos Aires”<sup>9</sup>. En esa oportunidad, la Sala D determinó que el beneficiario-acreedor solo tiene que denunciar la garantía fiduciaria en el concurso del fiduciante a simple título informativo, pero nunca en calidad de privilegio o preferencia, porque se trata de una garantía que afecta un activo ajeno al patrimonio del concursado<sup>10</sup>.

En sentido similar, Heredia ha sostenido que “el acreedor-beneficiario no deberá verificar su crédito en el proceso respectivo ni rendir cuentas en el mismo caso de remate no judicial, tal como sí sería exigible para el caso de los acreedores de garantías reales”<sup>11</sup>.

Por su parte, Camerini entiende que no existe tal carga, en virtud de que los bienes del fiduciante-deudor fueron transmitidos en propiedad fiduciaria a un fiduciario, para que, en caso de incumplimiento de la obligación principal del fiduciante-deudor, el fiduciario los enajene y, con su producido, pague al beneficiario-acreedor. En ese sentido, la transmisión de los bienes al fiduciario por parte del fiduciante-deudor implicó que dejó de ser su propietario, por lo cual no forma parte del patrimonio del concursado, por lo que mal puede pretenderse que el beneficiario-acreedor deba verificar su crédito en el concurso preventivo del fiduciante, sino que debe solicitar rápidamente la enajenación de los bienes del fiduciario, ya que el concurso del fiduciante es la confirmación de su cesación de pagos, la que le es ajena en cuanto a la recuperación de su crédito<sup>12</sup>.

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

8. Cfr. KELLY, Julio, “Fideicomiso de garantía”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III-782.

9. CNCom., Sala D, 9/9/2008, “Trenes de Buenos Aires S. A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación”.

10. Barreira Delfino discrepa con esta solución dada por la sentencia y funda su oposición en la necesaria obligación de verificar, por parte del beneficiario, su crédito, ya que los derechos emergentes de la relación crediticia son canalizados sobre el patrimonio del concursado.

11. HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal. Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ábaco, 2000, t. 1, p. 677.

12. Cfr. CAMERINI, Marcelo, “El fideicomiso de garantía frente al concurso del fiduciante”, en *La Ley*, 2009-E, 356.

### 3.2. ¿Crédito privilegiado o quirografario?

En el fallo bajo comentario, la Cámara sostuvo que, como los bienes fideicomitidos han sido apartados del patrimonio del deudor-fiduciante (art. 14 de la Ley 24.441), resulta procedente reconocer el crédito simplemente como quirografario, pues no existe garantía alguna en el patrimonio de la concursada. Y agrega que, si bien el acreedor-beneficiario goza de una preferencia para el cobro de su crédito, la misma afecta un activo que no está en el patrimonio del fiduciante-deudor sino en el patrimonio separado fiduciario.

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

Así, la Sala E ratifica el criterio sentado en el fallo “Cash”<sup>13</sup>, donde se declaró procedente la verificación realizada por el Banco Hipotecario de su crédito, en calidad de quirografario, por el eventual saldo insoluto, luego de la realización de la garantía.

En sentido similar, se ha dicho que el acreedor con garantía fiduciaria debe verificar su crédito eventual como quirografario, absteniéndose de votar, precisando el deber del fiduciario de abstenerse de proceder a la ejecución de la garantía mientras esa verificación no se lleve a cabo<sup>14</sup>.

Carregal aclara que, pese a que el artículo 239 de la Ley 24.522 dispone que solo gozan de privilegio los créditos enunciados en el capítulo respectivo, corresponde recordar que, entre la sanción de dicha ley y la Ley 24.441, transcurrieron solo unos pocos meses, respondiendo ambas disposiciones a un contexto de discusión diferente, por lo que resulta comprensible que el legislador no haya reparado, al dictar la Ley de Concursos y Quiebras, sobre la oportunidad de incluir, entre los privilegios, una referencia expresa al fideicomiso empleado como garantía.

Agrega dicho autor que la doctrina nacional se ha ocupado en el pasado de señalar el criterio relativo del artículo 239 de la Ley de Concursos y Quiebras y que dicha interpretación es sustentada por lo dispuesto por el artículo 126, que dice: “Todos los acreedores deben solicitar la verificación de sus créditos y preferencias [...]”. El empleo del término *preferencia* y no *privilegios* autorizaría a sostener que, si bien todos los privilegios especiales son preferencias, no todas las preferencias serían pri-

13. CNCom., Sala E, 3/4/2008, “Compañía de Servicios Hipotecarios S. A. (CASH) s/ concurso preventivo”.

14. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo, “La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, *El Derecho*, 2/9/2008; TEPLITZCHI, Eduardo, “La verificación de créditos con preferencia fiduciaria”, en ARECHA, Martín (Coord.), FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. (Coord.), RICHARD, Efraín H. (Coord.) y VÍTOLO, Daniel R. (Coord.), *Verificación de créditos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 209.

vilegios especiales, en sentido estricto (dado lo señalado por el artículo). Sin embargo, en la medida en que afecten el derecho al tratamiento *pari passu* que, en principio, asiste a los demás acreedores sobre el valor patrimonial en consideración –que pertenece al concursado o a la masa–, en todos los casos, tales preferencias deben ser sometidas a verificación. Este criterio resulta compatible con la improcedencia de verificar preferencias o privilegios que deban hacerse efectivos sobre patrimonios de terceros ajenos al concurso (casos de garantías personales o reales otorgadas por terceros en seguridad de obligaciones contraídas por el concursado). La verdadera preferencia que confiere la garantía fiduciaria a favor de su beneficiario es la de evitar el reingreso del bien fideicomitido al patrimonio del deudor o de la masa hasta ser cancelado su crédito, sea por haberse operado la extinción de la obligación o por la ejecución o realización del bien afectado. De allí que, en última instancia, quien soporta la preferencia es siempre el patrimonio del fiduciante-deudor y, si este es además el concursado, corresponde que esa preferencia sea verificada como tal, asimilándola a un privilegio especial<sup>15</sup>.

#### 4. Conclusión

Existe una corriente que sostiene que el acreedor-beneficiario tiene la carga de verificar el crédito emanado de un fideicomiso en garantía en el concurso o quiebra del fiduciante-deudor. Los principales argumentos de esta corriente son los siguientes: 1) la constitución del fideicomiso de garantía no importa *per se* la novación o renuncia de los derechos de las partes, entre ellas la carga de verificar; y 2) la carga de verificación surge en virtud de lo dispuesto en los artículos 32 y 126 de la Ley 24.522.

Contrariamente, se ha dicho que no existe la carga de tal carga, puesto que los bienes del fiduciante-deudor son transmitidos al fiduciario en propiedad fiduciaria con fines de garantía, y que, como consecuencia de tal transferencia, el deudor-fiduciante ha dejado de ser el propietario de los bienes fiduciarios, por lo que mal puede pretenderse que el acreedor-beneficiario deba cumplir con la carga de la verificación.

Por otra parte, la doctrina emanada del fallo en comentario sostiene que debe reconocerse el crédito derivado de un fideicomiso en garantía simplemente como quirografario, ya que no existe garantía alguna en el patrimonio de la concursada. El tri-

15. Cfr. CARREGAL, Mario E., "El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía", en *La Ley*, 2004-B, 1217.

bunal aclara que el hecho de que se verifique como quirografario no implica el desconocimiento de la preferencia sobre los bienes fideicomitidos, por lo que corresponde verificarlos como quirografarios por el eventual saldo insoluto luego de la realización de la garantía.

Compartimos la postura que sostiene que corresponde realizar la verificación en el concurso o la quiebra. Ello en virtud de que, aun cuando en el fideicomiso el bien fiduciario ha salido del patrimonio del deudor-fiduciante, a fin de que, en caso de incumplimiento, el acreedor-fiduciante vea garantizado el cobro de su acreencia, no debe perderse de vista que, en lo que respecta al crédito, la constitución del fideicomiso en garantía no importa la novación de la obligación garantizada, por lo que resulta procedente la verificación.

Adicionalmente, de acuerdo con lo dicho por la jurisprudencia, resulta recomendable para el acreedor-beneficiario, verificar su crédito en el concurso o la quiebra como acreedor quirografario eventual, a fin de cobrar el saldo insoluto, una vez ejecutada la garantía.

Por último, destacamos que, al encontrarnos con posturas doctrinales y jurisprudenciales encontradas –ambas con fundamentos atendibles– y con un ordenamiento concursal que no incluye entre sus privilegios al fideicomiso, consideramos que resulta aconsejable verificar el crédito o, cuando menos, insinuarlo o informarlo en el concurso del deudor-fiduciante.

#### Nota extendida

2. Mención aparte merece lo resuelto por la Cámara respecto de la legitimación para solicitar la verificación del crédito y sobre la constitucionalidad del fideicomiso en garantía. El primero de los temas mencionados tuvo tratamiento, debido a que el fiduciante-deudor opuso excepción de cosa juzgada, fundado en que la verificación solicitada por el beneficiario-acreedor habría sido insinuada por el fiduciario, siendo el mismo declarado oportunamente inadmisibile. Tanto la *a quo* como la Cámara rechazaron la excepción de cosa juzgada; el primero, en el entendimiento de que el fiduciario carecía de legitimación para solicitar la verificación del crédito, y la Cámara, por entender que no se encontraba acreditada la identidad de sujetos, causa y objeto. Por su parte, a fin de objetar la constitucionalidad del fideicomiso en garantía, el fiduciante-deudor sostuvo, principalmente, dos argumentos. Así, el fiduciante-deudor alegó: 1) que “en el texto de la [...] ley, no hay referencia alguna a lo que se ha denominado fideicomiso de garantía”, respecto de lo cual la jueza resolvió –citando a Kelly y a Carragal– que, en la actualidad, no se discute la posibilidad de que el fideicomiso esté destinado a los fines de garantía; y 2) que la aplicación del fideicomiso en garantía importa vulnerar “la garantía de defensa en juicio, puesto que se permite la apropiación de bienes fideicomitidos sin participación alguna del deudor”. La magistrada de grado rechazó tal objeción, en el entendimiento de que la Ley 24.441 expresamente dispone la transferencia de la propiedad al fiduciario de los bienes fideicomitidos que se constituyen en propiedad fiduciaria, formándose así un patrimonio separado, dejando de ser parte de la garantía de los acreedores. La Cámara no se expidió al respecto, en el entendimiento de que el fiduciante-deudor no había formulado agravios sobre lo resuelto en primera instancia, por lo que debía estar a lo oportunamente decidido por la *a quo*.