

La verificación de crédito como mecanismo de desnaturalización del fideicomiso de garantía

Por: Marcelo A. Camerini. Publicado en la Revista jurídica La Ley el 25 de agosto de 2008.

Sumario: 1. Introducción. 2. Operatoria del caso. 3. Sobre operaciones financieras y las distintas garantías. 4. El fideicomiso de garantía. 5. El fideicomiso de garantía frente al concurso o la quiebra del fiduciante. 6. Conclusiones.

1. Introducción:

En reciente sentencia (30-4-08) dictada por la Sala “E” de la Cámara Nacional en lo Comercial, en los autos caratulados: *“Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión promovido por Banco Hipotecario S.A.”*, se dispuso declarar verificado en la quiebra de Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios S.A. (en adelante, “CASH”) un crédito quirografario, con carácter eventual, insinuado por el Banco Hipotecario S.A. (en adelante, “BH”), quien le había otorgado una línea de créditos para que financiara sus proyectos de inversión y a su vez también era fiduciario y beneficiario de un contrato de fideicomiso de garantía, el cual garantizaba el repago en tiempo y forma de los créditos otorgados a CASH, la que revestía en dicho contrato el carácter de fiduciante, llamado por la sentencia “originante”, aunque dicho termino puede tener diferencias con el concepto que encierra el de fiduciante.

El originante es siempre quién generará (hace nacer) el activo ilíquido que se cede o vende en un proceso de titulización a un vehículo especialmente constituido para llevar adelante la operatoria. Pero, el fiduciante no siempre es quien genera el crédito a titular, ya que puede haber comprado el activo y luego cederlo al fideicomiso, y de esa manera se constituye en fiduciante, pero no es originante.

2. Operatoria del caso:

Todo parece indicar -toda vez que nos fue imposible compulsar el expediente en el Juzgado de primera instancia donde tramita en la actualidad, por no encontrarse en la letra- que CASH oportunamente solicitó al BH, diversos préstamos de dinero, los cuales se enmarcaron en una llamada “Línea de créditos para la financiación de emprendimientos constructivos con transmisión fiduciaria”.

De la sentencia bajo examen se desprende que por cada préstamo que otorgaba el BH a CASH –se señalan seis-, que tenían como destino financiar distintos proyectos de construcciones, se garantizaba la devolución de los préstamos, constituyéndose por cada uno, un fideicomiso de garantía, al cual CASH cedía en propiedad fiduciaria la construcción que iba realizando y que finalizaría con tantos inmuebles resultaran de cada uno de los proyectos en ejecución.

Ahora bien esto como grandes pinceladas, sin embargo las manifestaciones que hizo CASH –y que son extractadas por la sentencia-, nos permiten precisar más la operatoria, la cual tenía sus particularidades.

Así parece que, BH iba efectuando desembolsos por avance de obra, mecánica habitual en este tipo de financiamiento. Es decir, se firma un contrato de financiamiento entre el cliente (deudor) y el banco (acreedor) y los fondos comprometidos por el banco al cliente (también llamado en estos casos desarrollista), se van efectuando a través de certificados de avance de obra que emiten generalmente las empresas que construyen, aunque también existe otra posibilidad que los certificados sean emitidos por estudios de arquitectos o ingenieros, que con carácter de independientes, auditan y certifican los avances de obra.

Según se trasluce de la sentencia, las partes habrían establecido que el dinero de los préstamos, los desembolsaría BH abonando directamente a las empresas constructoras, conforme los avances de obras. Esto hizo que posteriormente CASH en su defensa para repeler el pedido de verificación del crédito por parte de BH, señalara que el dinero de los préstamos no ingresó a su patrimonio. Dicha afirmación, resulta fácilmente rebatible, toda vez que CASH, fue la tomadora de los distintos préstamos y asumió su obligación de devolución, ello con independencia que instruyera a BH para que directamente pagara los avances de obras¹.

Tengamos presente que estamos frente a una obligación principal que es el mutuo dinerario entre un deudor (CASH) y un acreedor (BH), en los términos del art. 2242 del Código Civil, y que tiene un contrato accesorio que es el fideicomiso de garantía.

En la mayoría de los casos -segunda parte de la operatoria- consiste en que a medida que se avanza en la construcción de los inmuebles, el desarrollista va vendiéndolos -por intermedio de inmobiliarias- brindándole muchas veces financiamiento a los compradores el mismo banco que financia al desarrollista, de esa manera el banco participa en todo el proceso con las ventajas que tiene ello en cuanto a sus ganancias, y por el otro se hace de las hipotecas sobre los inmuebles que financia a los compradores, las cuales descuenta del préstamo otorgado al desarrollista, para la construcción de la obra. Podríamos agregar más, es altamente posible que en las hipotecas que constituyeron los compradores de inmuebles a favor del banco, éste haya quedado facultado a poder titularizar las mismas, a través de la cesión a un vehículo de inversión.

Si bien esto no queda claro en el presente caso, parecería por los indicios que surgen de la sentencia, que así sería.

Todo también hace sospechar que existió una relación mucho más profunda, que la de deudor-acreedor entre CASH y BH, la cual no ha quedado debidamente definida en el proceso, pero este interrogante cobra certeza cuando observamos que CASH tenía un capital social de u\$s150.000, que importaba lisa y llanamente una infracapitalización respecto de los préstamos que tomaba para financiar sus proyectos de construcción, ello con independencia del contrato de fideicomiso. Asimismo, del relato de las partes surge que CASH fue creada y concebida exclusivamente para ejercer

¹ Consideramos que esta operatoria es posible siempre y cuando se cumpla con la debida instrumentación de parte de quien es deudor, es decir en el caso siendo una sociedad anónima, deberá ser aprobada la operación por el directorio y eventualmente si la misma excede el giro ordinario de la empresa por la asamblea de accionistas. Caso contrario se podría estar obligando a la sociedad con un préstamo que no ingresa a su patrimonio, sino que va a un tercero, sea relacionado o no.

el rol de entidad originante en la operatoria lanzada por el Estado Nacional a través del BH, debido a la imposibilidad de este último de ofrecer créditos al público por su calidad de mayorista.

Sin negar la posibilidad de que BH haya sido el agente financiero de la operatoria, lo que debió consistir en brindar financiamiento a las distintas partes y en su caso ser beneficiario del fideicomiso de garantía que se creara y/o de las hipotecas que constituyeran los compradores de unidades a su favor, la distorsión del proceso está dada por las múltiples condiciones que BH desarrolló en la operatoria de financiamiento, aspecto que la sentencia debió subrayar con mayor ahínco.

Con esto estamos señalamos como absolutamente incompatible que BH haya sido dador del préstamo a CASH, fiduciario del fideicomiso de garantía de ese préstamo y también beneficiario de ese fideicomiso.

No hay posibilidad alguna que un fiduciario, sea además beneficiario, por los motivos que *infra* señalaremos. Ciertamente, con satisfacción vemos que recientemente la Comisión Nacional de Valores, dictó la Resolución General N° 530², por la cual cerró el tema del fideicomiso financiero unilateral (en el que coinciden en una misma persona fiduciante y fiduciario) prohibiéndolo también que se reúnan en un mismo sujeto las condiciones de fiduciario y beneficiario.

La situación descrita, no tuerce la necesidad de darle respuesta al beneficiario de un fideicomiso de garantía frente a la quiebra del fiduciante, sin embargo permite vislumbrar una relación entre CASH y BH compleja; con interés que no están adecuadamente explicados en cuando a sus alcances; un negocio que supera la realidad formal que muestran las partes en el expediente y con una inadecuada utilización del contrato de fideicomiso de garantía, lo que derivó en la necesidad de verificar por parte del beneficiario su crédito en el concurso y/o quiebra del fiduciante, que es la discusión que encierra la sentencia *sub-examine*.

3. Sobre operaciones financieras y las diferentes garantías:

Dice con acierto Eduardo Barreira Delfino³, que toda operación de crédito configura sustancialmente una operación financiera, por la cual se afecta un capital, que va mutando por el transcurso del tiempo.

De esa sintética definición se desprende a nuestro criterio que toda operación financiera es un sistema complejo, caracterizado por un sistema central constituido por el capital, la tasa de interés y el tiempo, y un sistema periférico, compuesto por la entidad financiera (acreedor) y el solicitante del préstamo (deudor).

Para que la operación funcione, los sistemas en su totalidad deben estar en equilibrio, caso contrario la dinámica del negocio se interrumpe. Y esto produce una afectación que casualmente, comienza por el sistema periférico hasta llegar al central. Con esto queremos señalar que si el deudor no puede pagar en tiempo y forma el crédito (incumplimiento del deudor), ocasiona al acreedor (banco) una primera y directa consecuencia que es la imposibilidad de recuperar los recursos prestados y la consiguiente disminución de sus

² Dictada el 3-7-08 y publicada en el B.O. el 14-7-08.

³ Ver: Barreira Delfino, Eduardo: "Fideicomiso de garantía crediticia", en "Tratamiento integral del fideicomiso" Directores: Eduardo Barreira Delfino y Marcelo A. Camerini, Ed. Ad-Hoc, año 2007, pág. 246.

fondos prestables. A su vez se ocasiona a sí mismo un daño porque debe soportar costos convencionales, más adicionales como ser tasa de interés por punitorios y gastos causídicos.

Por su parte, sí quien incumple sus obligaciones es el acreedor, disminuyendo o cancelando sus desembolsos, la primera afectación se produce sobre el deudor, quien ve desequilibrada su estructura de costos por no tener disponibles los fondos conforme su proyección, lo que puede obligarlo a recurrir a otros medios de financiamientos que encarezcan sus costos y por supuesto ello terminará repercutiendo en el mayor valor de los bienes terminados. La segunda afectación se produce sobre el propio acreedor que ve disminuida su renta por la falta de inversión de su capital, el cual como todos sabemos en el caso de un banco es prestado por los ahorristas que realizan sus depósitos en él.

Si dejamos de lado los llamados “servicios financieros”, las ganancias de las entidades financieras se forman por la diferencia entre la tasa de interés que pagan a los ahorristas (operación pasiva) y la tasa de interés que cobran a los demandantes de crédito (operaciones activas), que constituye la función básica de la banca, es decir intermediar entre la oferta y la demanda de crédito con captación pública.

Para que todo el sistema funcione en equilibrio y para el caso que ese equilibrio se descompense –cosa por cierto que puede suceder- tiene que haber un mecanismo que vuelva de la forma más rápida posible las cosas a su lugar, y esa función la cumple por un lado la garantía y por el otro el proceso de realización de esa garantía.

Téngase presente que toda entidad financiera necesita por un lado recuperar en forma rápida el crédito en mora, y por el otro que no quede saldo insoluto. Desde la perspectiva del deudor, las cosas pasan por terminar con la mora, como forma de hacer cesar las tasas de intereses (compensatorios y punitorios), por aquello que siempre señala con mucha creatividad Barreira Delfino, la tasa de interés trabaja sin pausa⁴.

Así las cosas, las garantías pueden dividirse en: (i).- reales o personales⁵: las primeras son la prenda⁶ y la hipoteca y la segunda el aval y la fianza. En este tipo de garantías el proceso de ejecución del bien que garantiza el crédito es por vía judicial, ante el juez competente, o en (ii).- autoliquidables: como por ejemplo el fideicomiso de garantía y la prenda o cesión de derechos de garantía de cheques o pagarés de terceros o de derechos creditorios, donde queda permitido la realización del bien dado en garantía por el deudor, si necesidad de recurrir a la vía judicial para que autorice la subasta.

⁴ Barreira Delfino, Eduardo, obra cit., pág. 249.

⁵ En forma tradicional las garantías se diferencian en reales y personales. Estas últimas conllevan el compromiso de pago de un tercero distinto al deudor principal, mientras que las reales importan un derecho erga omnes con asiento en bienes determinados que pueden o no ser titularidad del deudor (conf. Jorge L Riva y Graciela Alvares Agudo, en “Garantías modernas”, Ed. Lexis Nexis, año 2006, pág. 5).

⁶ Lo expuesto con excepción de la prenda comercial en cuanto se pacte su enajenación en forma extrajudicial (conf. art. 585 del Cod. de Comercio) algunos autores también agregan a la prenda con registro para algún tipo de acreedor (ver: Alegria, Héctor: “Las garantías autoliquidables”, Rev. de Derecho Privado y Comunitario”, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág 1996, pág. 152)

Si como hemos señalado precedentemente, la rapidez en la realización de la garantía, es una suerte de Dios Jano, que con sus dos caras beneficia tanto al acreedor como al deudor cuando una operación financiera pierde su equilibrio y se desordena, y es necesario para finalizarla ordenarla, vendiendo los bienes que la garantizaban, el proceso de venta cobra una significación trascendente.

La realidad indica que, por variados fundamentos, los procesos judiciales para la ejecución de una garantía son engorrosos y lentos, por lo cual ha ido cobrando cada vez mayor significación la constitución de garantías autoliquidables, por procedimientos extrajudiciales, que se ponen en funcionamiento ante la mora del deudor, y ello por cierto ha alcanzado al sistema financiero que a hecho de esta modalidad una herramienta habitual de garantía para el otorgamiento de créditos, y estamos de acuerdo que ello así ocurra porque la legislación Argentina desde el dictado del Código de Comercio hasta la sanción de la Ley N° 24.441, han sido proclives -a pesar de la distancia histórica que los separa- a receptar la posibilidad del procedimiento de ejecución extrajudicial de la garantía como una solución para el acreedor ante la mora de su deudor.

4. El fideicomiso de garantía:

Antes de continuar avanzando en nuestro análisis, reviste importancia didáctica, señalar dos elementos caracterizantes de la Ley N° 24.441, por un lado crea el contrato de fideicomiso, toda vez que el negocio fiduciario como tal estaba ya previsto en nuestro art. 2662 del Código Civil. Por el otro, otorga a ese contrato, una plasticidad o poder de utilización en una variada gama de negocios, como tal vez no lo constituye otro instrumento jurídico⁷.

Por ello, si bien sólo existen dos formas de contrato de fideicomiso, el civil y el financiero, la doctrina ha dividido su utilización en categorías, como son: (i).- de inversión; (ii).- de administración y (iii) de garantía, las que son aceptables, en virtud de la plasticidad del instituto que hemos aludido.

Sin embargo, debe quedar claro que ellas son meras utilidades que se hacen del contrato de fideicomiso, para adecuarlo a las necesidades que tiene quien debe servirse del instrumento jurídico, y que dicha categorización no ha sido prevista por el legislador en el texto de la ley.

Creemos que esto es vital, como forma de evitar interpretaciones sobre la figura, en virtud del negocio, cuando en realidad lo primero que debe analizarse es la figura, y con posterioridad el negocio que está subyacente.

¿Qué queremos señalar con esto?, que más allá que el contrato de fideicomiso se celebre para garantizar un determinado crédito; o para realizar una inversión a través de un patrimonio distinto del fiduciante y/o beneficiario, o para administrar un bien por un tercero, lo primero que debe ser motivo de observación y cumplimiento es la preceptuación del mandato que viene de la ley, el cual reza que habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario⁸, siendo lo demás

⁷ Ver: Camerini, Marcelo A., "El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero", La Ley, ejemplar del 31-10-2007.

⁸ Conf. art. 1° de la Ley N° 24.441.

un negocio subyacente al contrato de fideicomiso, que seguramente tiene sus repercusiones en las funciones que debe cumplir básicamente el fiduciario.

Despejado esto, es evidente que el contrato de fideicomiso, con la finalidad de garantizar una operación de préstamo o crédito se celebra con el objeto de transferir la propiedad de un determinado bien del fiduciante al fiduciario, con el encargo (por contrato mayoritariamente, aunque también puede ser por testamento) para que proceda a su venta o realización, si la obligación principal que se garantiza no es cumplida en los tiempos y formas pactados, por el fiduciante⁹, al beneficiario.

Por el contrato de fideicomiso el fiduciario queda obligado a vender el bien fideicomitado ante la mora en el cumplimiento de la obligación del fiduciante, y con su producido cancelar la acreencia del beneficiario (prestamista) y el remanente –si lo hubiera- devolverlo al fiduciante, o al fideicomisario, conforme se establezca en el contrato respectivo¹⁰.

La definición dada dispara una multiplicidad de cuestiones que en forma resumida debemos considerar, como forma de ponderar en todos sus aspectos la sentencia que estamos comentando, a saber:

(i).- La transferencia de la propiedad como forma de garantía:

El deudor-fiduciante, transfiere la propiedad de un determinado bien –o derechos patrimoniales sobre los que ejerza su titularidad-, al fiduciario, a título de confianza (elemento subjetivo), para que éste último lo venda en caso de incumplir el fiduciante con las obligaciones que tiene para con el beneficiario del contrato de fideicomiso. Esto por un lado crea el denominado “patrimonio de afectación”, es decir un bien (o conjunto) que no forman parte del patrimonio del fiduciario, y del que si bien es su propietario, se encuentra separado de aquel y no pueden ser agredidos por sus acreedores. Por el otro, el dominio que el fiduciario como propietario de los bienes tiene no es absoluto, ni perpetuo, ni exclusivo, sino que es un dominio

⁹ Ver para el tema: Carregal, Mario, “Fideicomiso de garantía” en el trabajo “Derecho empresario actual. Homenaje al Dr. Raimundo L. Fernández, Ed. Depalma, año 1996, págs. 239/257 y Games, Luis M y Esparza, Gustavo, “Liquidación del patrimonio en fideicomiso”, El Derecho, ejemplar del 12-8-1998, n° 6102.

¹⁰ La conceptualización del fideicomiso que tiene por objeto la garantía encuentra diversas definiciones según el autor que la exprese, sin que ello implique grandes diferencias. Para Fernando Pérez Hualde, “habrá fideicomiso de garantía cuando una persona (fiduciante) transfiera a otra (fiduciario) la titularidad fiduciaria de bienes con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a su cargo o a cargo de un tercero, debiendo el titular fiduciario proceder, una vez acreditado el incumplimiento, de conformidad con lo mandado en el pacto de fiducia” –en “El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la ley 24.441” en Maury de González, Beatriz (directora) “Tratado teórico práctico de fideicomiso”, 2ª Ed. Inalterada, Ad-Hoc., año 2000, pág. 218-. Para un crítico absoluto de la figura como Leopoldo Peralta Mariscal el fideicomiso de garantía: “puede conceptualizarse como el negocio por medio del cual se transfiere la propiedad imperfecta de un bien con el encargo de que, en el supuesto de incumplimiento de la obligación que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del mismo y entregue el producto obtenido de la siguiente forma: a) hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga; b) si existiere un sobrante, se entrega al deudor” –en Negocio fiduciario con fines de garantía como acto jurídico ineficaz” RDPC, 2001-3-233/234 y en ¿Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas! La Ley, ejemplar del 12-7-2000-.

imperfecto¹¹, sometido a condición o plazo, según sea lo que exprese la manda del contrato de fideicomiso.

El fiduciario queda en poder de la custodia de los bienes –y puede ser de la administración– por el plazo que dure la obligación garantiza, ya que el contrato de fideicomiso de garantía es accesorio a esa obligación, que es la principal. Debe quedar bien claro que el fiduciario, no tiene intervención alguna en los problemas que pueden presentarse en la relación contractual principal entre el deudor y acreedor, la cual le es absolutamente ajena¹².

El estándar de conducta del fiduciario respecto de sus obligaciones para con el beneficiario, se encuentra enmarcado en la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, por lo cual su responsabilidad será de carácter subjetivo, debiéndose probar por quien la alegue, la culpa o el dolo.

(ii).- la separación de las partes como forma de una correcta funcionalidad:

Observa Giraldi¹³, que en el contrato de fideicomiso, intervienen solamente dos partes, fiduciante y fiduciario. Ni el beneficiario, ni el fideicomisario son partes, precepto que compartimos.

Sin embargo, el objeto central del contrato consiste en la creación de un patrimonio de afectación el cual servirá para responder ante el acreedor-beneficiario con el producido de su enajenación, por el incumplimiento del deudor-fiduciante.

Esto genera una situación compleja, que supera la figura del fideicomiso de garantía y alcanza al fideicomiso en general, respecto de sí el fiduciario puede ser o no beneficiario. Téngase presente que la Ley N° 24.441, nada dice a este respecto.

Doctrinariamente, hay dos posiciones en pugna, quienes niegan la posibilidad que el acreedor-beneficiario ocupe el rol de fiduciario¹⁴ y quienes la admiten en una misma persona¹⁵.

Así las cosas, es indudable que no pueden coexistir en una misma persona, la función de fiduciario y a su vez ser beneficiario, mucho más en un fideicomiso de garantía, ello con fundamentos en:

1.- es fácilmente pensable que ante tal circunstancia, el fiduciario-beneficiario, pueda abusar de su posición, perjudicando al deudor-fiduciante;

2.- existe un claro e inocultable conflicto de intereses, por una lado se es acreedor del deudor y por el otro se tiene en la calidad de propietario fiduciario, sobre bienes en garantía, para satisfacer sus propias acreencias, es la tormenta perfecta;

¹¹ Lafaille, _____ “Derecho civil – Tratado de los derechos reales”, Ed. Ediar, año 1944, Vol. II, pág. 142, considera al dominio fiduciario como “una transmisión de derechos, que a su vez habrá de pasar a un tercero”.

¹² Ver: Alvarez Agudo, Graciela y Riva Jorge L., “Garantías modernas”, Ed. Lexis Nexis, año 2006, pág. 145.

¹³ Giraldi, Pedro: “Fideicomiso (Ley 24.441)”, Ed. Depalma, año 1998, págs. 46/47.

¹⁴ En tal posición doctrinaria se enrolan; Molina Sandoval, Carlos: “El fideicomiso en la dinámica mercantil”, Ed. Ábaco, año 2004, pág. 384; Casas, René C., y Ciuro de Castello, Norma, “Fideicomiso de garantía”, XXV Jornadas Notariales Argentinas”, libro de ponencias, Buenos Aires, año 2000, pág. 285 y otros.

¹⁵ Por el contrario en esta posición se ubican: Carregal, Mario: “El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas” Ed. Universidad de Buenos Aires, pág. 142; Kiper y Lisoprawski, “Tratado de fideicomiso”, Ed. Depalma, pág. 497 y Torres Cavallo, Javier: “Fideicomiso de garantía”, en Tratado teórico práctico de fideicomiso (Directora Beatriz A. Mauri), Ed. Ad-Hoc., año 2004, págs. 362/64.

3.- el fiduciario ante el incumplimiento del deudor-fiduciante, vende los bienes fideicomitidos para percibir su importe y luego se rinde cuentas a si mismo;

4.- por último, al analizarse los antecedentes de *trust* del derecho anglosajón se advierte que no se acepta esta confusión, ya que implicaría unir la propiedad legal de *trustee* con la propiedad sustancial del *beneficiary*, división que hace a la esencia del *trust* bajo dicho derecho (doble sistema de propiedad)¹⁶.

Es indudable que en todo fideicomiso, nunca puede estar en una misma persona física o jurídica la función de fiduciario y también ser beneficiario, mucho menos en un fideicomiso de garantía, porque desnaturaliza la figura del fideicomiso, y también vuelve absolutamente vulnerable la seguridad jurídica del fiduciante.

(iii).- el incumplimiento y la ejecución de la garantía:

La celebración de un contrato de fideicomiso de garantía tiene como finalidad que, producido el incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor, el fiduciario proceda en forma inmediata a la realización de los bienes fideicomitidos y con su producido cancele la obligación en mora al beneficiario-acreedor.

Esto que parece sencillo desde el punto de vista de la definición, no lo es en la práctica, por ello, cobra vital importancia en la redacción de la cláusulas del contrato de fideicomiso establecer en forma clara y precisa, cuáles son los hechos (eventos) que producen el incumplimiento en las obligaciones del fiduciante. Posteriormente lo que debe quedar también definido es el procedimiento de notificación al fiduciario respecto del incumplimiento y de la constatación que debe hacer el fiduciario respecto de verificar el incumplimiento del fiduciante¹⁷.

Entendemos que no puede haber discrecionalidad por parte del fiduciario en relación a ninguno de los aspectos que acabamos de señalar¹⁸.

Otro aspecto que no puede quedar librado a la apreciación del fiduciario es el procedimiento que debe cumplir para la venta de los bienes fideicomitidos, por lo cual el contrato de fideicomiso debe pautar en forma expresa los pasos que requiera ese proceso. Tengamos presente que si bien el objetivo central de este tipo de fideicomiso es garantizar el repago de la deuda al acreedor, no resulta menos cierto que todo remanente del producido volverá al fiduciante, y es justo que los bienes fideicomitidos sean vendidos a precio de mercado, como forma que los derechos de ambas partes queden debidamente protegidos.

Esto dispara otras cuestiones no menores como son, si existe posibilidad que ante el incumplimiento del fiduciante, el fiduciario proceda lisa y llanamente a entregar los bienes fideicomitidos al beneficiario y de esa manera finiquitar la cuestión. Esta solución es prohibida en la hipoteca y en la prenda, en

¹⁶ Camerini, Marcelo A. "Fideicomiso financiero", en "Tratamiento integral del fideicomiso" Directores: Eduardo Barreira Delfino y Marcelo A. Camerini, Ed. Ad-Hoc, año 2007, pág. 19/23.

¹⁷ Lo expuesto no invalida que el fideicomiso de garantía es una especie de garantía a primer requerimiento, la que podemos definir como aquella en la que el pago queda condicionado únicamente a la notificación por medio fehaciente del beneficiario, quien deberá documentar o justificar el requerimiento.

¹⁸ Posición contraria ver: Kelly, Julio: "Fideicomiso de garantía", El Derecho, ejemplar del 12-8-1998 N° 6102.

función del orden público y de evitar contratos gravosos para los deudores¹⁹, pero la Ley N° 24.441, nada dice al respecto, salvo la prohibición del art. 7 al fiduciario de adquirir los bienes fideicomitidos.

Desde una concepción liberal, podría sostenerse que todo lo que no está prohibido, está permitido, sin embargo en el supuesto *sub-examine*, esa premisa cede en virtud de la importancia que tiene desde el punto de vista del patrimonio, tanto para el deudor como para acreedor, el patrimonio fideicomitido, por lo que resulta necesario que los bienes sean vendidos en el mercado, siendo imposible que el beneficiario-acreedor compense por la deuda que mantiene con el fiduciante, y se produzca el traspaso en forma directa de los bienes fideicomitidos a este último, salvo que dicha posibilidad haya sido expresamente contemplada en el contrato, pero para ello será necesario que el valor de los bienes fideicomitidos sea fijado por terceros independientes a las partes al momento de efectuarse la compensación.

La falta de fijación del precio de los bienes fideicomitidos por terceros independientes a la operación, así como un procedimiento de venta estructurado en el habitual del tracto comercial para los bienes que se trate, permiten al fiduciante solicitar vía judicial una medida cautelar, de no innovar, hasta que las partes –fiduciante y beneficiario- determinen estos aspectos decisivos en un contrato de fideicomiso de garantía²⁰. En caso de imposibilidad, deberá ser el juez quien los fije. No hay, confianza, ni discrecionalidad, ni prudencia, ni diligencia de buen hombre de negocios del fiduciario que pueda suplir la ausencia de preceptos contractuales en este dirimente tema.

(iv).- *las obligaciones del fiduciario:*

La obligación principal de un fiduciario es cumplir con la manda del contrato de fideicomiso o del testamento. En la sentencia *sub-examine*, por la especie de contrato de fideicomiso que era, BH como fiduciario no tenía obligaciones de administración. Se requería el simple mantenimiento del *status quo* (garantía), ya que esa fue la voluntad de los constituyente.

El acto de disposición, sólo nacía en el fiduciario ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el fiduciante con el beneficiario. En ese caso la obligación del fiduciario, era la realización de los bienes que constituían el patrimonio fideicomitido.

La enajenación de los bienes fideicomitidos debe realizarse dentro de los procedimientos que tenga contemplado el contrato de fideicomiso, pero siempre la obligación debe cumplirse por parte del fiduciario, con el criterio de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él²¹.

Es posible pensar qué ante situaciones no previstas en el contrato de fideicomiso y que pueden dar lugar a eventuales responsabilidades del fiduciario por inadecuado cumplimiento de sus obligaciones, el Fiduciario se desresponsabiliza, haciendo la correspondiente consulta ante la autoridad jurisdiccional.

El plexo de obligaciones del fiduciario se completa con la respectiva rendición de cuentas, en forma completa de las actividades llevadas a cabo,

¹⁹ Art. 3222 del Código Civil y Salvat, Raymundo y Argañarás, Juan J., “Tratado de derecho civil argentino – derechos reales”, t. IV, año 1960, pág. 34.

²⁰ Games, Luis M. y Esparza, Gustavo A., obra cit., pág. 11.

²¹ Freire, Bettina V., “El fideicomiso”, Ed. Ábaco, año 1997, pág. 119.

por medio de un balance y en el caso de no haberse tenido que enajenar los bienes entregados en garantía, su transferencia a quien corresponda conforme lo establezca el contrato²².

(iv).- los derechos del fiduciante:

Es posible en el fideicomiso de garantía que el fiduciante, se reserve algunos derechos sobre los bienes transferidos en propiedad fiduciaria. A modo de ejemplo, supongamos que transfirió acciones de una sociedad anónima, y se reservó para sí los derechos económicos y políticos mientras que no se encuentre en mora en su obligación principal. Ello sería posible y lícito. Junto a esos derechos que podrá reservarse el fiduciante según sea el caso, tiene derecho a exigir al fiduciario rendición de cuentas y en caso de negarse éste a pedir su remoción con causa.

El fiduciante tiene también derecho a pedir la remoción del fiduciario y la designación de uno nuevo, cuando el designado no cumpla acabadamente con sus obligaciones legales y/o convencionales. Por último, el fiduciante debe previa autorización judicial, actuar sustitutivamente ejerciendo las acciones que correspondan en defensa de los bienes fideicomitidos ante la omisión del fiduciario (conf. art. 18, 2º párr. de la Ley N° 24.441).

(v).- los derechos del beneficiario:

En los fideicomisos de garantía, el primer derecho que tiene el beneficiario es que ante incumplimiento en las obligaciones asumidas por el deudor, el fiduciario proceda a la enajenación de los bienes fideicomitidos y cancele la deuda al beneficiario. De allí se desprenden diferentes derechos, como son el de solicitar rendición de cuentas al fiduciario; solicitar su remoción antes incumplimiento de orden legal o convencional; ejercer acciones –previa autorización judicial- para la defensa de los bienes fideicomitidos en sustitución del fiduciario y ante su omisión y también si no hay pacto en contrario, ceder su derecho a terceros, sea por contrato o por testamento.

5. El fideicomiso de garantía frente al concurso o la quiebra del fiduciante:

A esta altura del análisis de la sentencia tenemos claro que el BH cumplió en la operatoria descripta varios roles, pero en definitiva y en lo principal, fue prestamista de CASH, quien se obligó voluntariamente a devolver los préstamos que le fueron otorgados.

En lo accesorio, la devolución de los préstamos otorgados a CASH, estaban garantizados con sendos fideicomisos de garantías, donde BH era uno de los beneficiarios, ya que también era beneficiaria CASH por los eventuales remanentes de los bienes fideicomitidos.

A mayor abundamiento probatorio de lo que acabamos de expresar, las pericias contables realizadas tanto sobre los libros contables de BH, como de CASH, indican que constaban en ambos pagos efectuados por BH directamente a las empresas constructoras conforme se obligó en los respectivos contratos de préstamos otorgados a CASH.

En este orden de ideas, fluye de la sentencia que por hechos que desconocemos, CASH no pudo cumplir con todas las obligaciones que había asumido en su giro comercial, y ante su estado de cesación de pagos, se concursó y posteriormente quebró.

²² Téngase presente que pesa sobre el fiduciario la imposibilidad absoluta de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (conf. art. 7º de la Ley N° 24.441).

También resulta evidente que habían quedado sumas de dinero impagas por parte de CASH al BH por los préstamos que éste le había otorgado, y ante el concurso preventivo de la primera, se presentó BH tempestivamente a verificar su crédito como quirografario y eventual, ello en razón de que descontaría los montos de dinero que pudiera obtener por la liquidación de los bienes fideicomitados.

La postura asumida por BH frente al concurso y posterior quiebra de CASH y que es aceptada por la sentencia bajo comentario, puede ser sintetizada de la siguiente manera: existiendo una obligación principal (contrato de mutuo), que tiene una garantía accesoria (contrato de fideicomiso), el acreedor (BH) puede pedir la verificación de su crédito en el concurso de su deudor, como quirografario y eventual, a los efectos de ser tenido por acreedor del concursado o fallido, para que ante la eventualidad que quede un saldo de su acreencia sin percibir luego de la liquidación del patrimonio fideicomitado, puede tener derecho a percibir los pagos que realice el deudor conforme la propuesta de pagos homologada, o a participar del dividendo falencial que se distribuya al realizarse los bienes en la quiebra del deudor, siempre por el saldo insoluto.

En síntesis, esto es lo que reconoce la sentencia bajo examen. Si lo tuviéramos que calificar diríamos que no es ni bueno, ni malo, es lo correcto para la situación que plantea el caso.

Pero ciertamente, creemos que la solución de tener que proceder a pedir la verificación de un crédito en un concurso preventivo o en una quiebra del fiduciante, por parte de un beneficiario, de un fideicomiso de garantía, constituye un proceso que desnaturaliza la hermenéutica de la Ley N° 24.441 en cuanto a lo que es la figura del fideicomiso y quita toda ventaja a la garantía que otorga un fideicomiso de garantía, ya que hace desaparecer la autoliquidación, volviéndose mucho más ventajoso la constitución de una garantía real para el acreedor del fiduciante²³.

Veamos esto con mayor precisión:

(i).- La finalidad del fideicomiso de garantía:

El tráfico mercantil moderno, exige celeridad y seguridad en los procedimientos de las operaciones comerciales. El fideicomiso vino a cubrir un vacío que existía en nuestra legislación, respecto de una herramienta flexible, rápida de instrumentar y de bajo costo. Esto potencio su utilización como garantía.

En los fideicomisos de garantía, la manda al fiduciario es que ante el incumplimiento del fiduciante de su obligación principal, éste proceda a la enajenación de los bienes fideicomitados y abone la acreencia al beneficiario, así de puro y duro²⁴.

Por ello, los bienes que garantizan la obligación principal, son transferidos en propiedad fiduciaria por el fiduciante al fiduciario, quien pasa a ser

²³ En contrario a esta posición puede verse: Raisberg, Claudia, ponencia presentada en el Primer Congreso Argentino de Contratos Civiles y Comerciales y Primer Congreso Iberoamericano sobre Negocios Internacionales y Arbitraje, 10, 11 y 12 de octubre de 2005, Mar del Plata (editado en "Contrataciones Empresarias Modernas), Ed. Ad-Hoc., pág. 239 y ss.

²⁴ Ver interesante sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en los autos caratulados: "Supermercados Toledo S.A. s/ concurso preventivo s/ apelación de BAPRO MANDATOS Y NEGOCIOS - cuadernillo art. 250 CPC", de fecha 7-3-07.

propietario de los mismos. Advierta el lector, que aún posiciones doctrinarias críticas a la figura del fideicomiso como Martorell²⁵, señalan al respecto que: “Al fiduciario se le transmitieron los bienes afectados en garantía para que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario o a un tercero acreedor, según se haya previsto en el pacto *fiduciae*”.

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

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

Alguien podría señalar que puede suceder que el deudor aún en cesación de pagos, no incumpla su obligación principal, y que un día el fiduciario y el beneficiario sean notificados de la presentación en concurso o del decreto de quiebra. Ese será, el disparador para que el fiduciario enajene los bienes, ya que ambos supuestos impedirán al deudor-fiduciante en adelante, realizar pago alguno, salvo en los supuestos del art. 20 de la Ley N° 24.522 y sus mod. (en adelante, “LCQ”). La mayoría de los contratos de fideicomiso de garantía, contienen cláusulas en el sentido descripto.

Esto que describimos entendemos es la fisiología del instituto, por lo que causa sorpresa de la sentencia, según cómo fueron los hechos presentados por las partes, que teniendo tan múltiples funciones BH en toda la operatoria con CASH como hemos antes de ahora visto, resulta ilógico que haya tenido que realizar todo el proceso de verificación de crédito, posterior incidente de revisión, hasta llegar a la quiebra del deudor, para que se le reconozca su crédito como quirografario eventual, y no haya efectuado el proceso de venta de los activos fideicomitados, cuando era el fiduciario y beneficiario de dichos contratos de garantía.

Esto es una explicación que la sentencia nos debe.

(i).- Los diferentes supuestos en el concurso y quiebra del fiduciante:

(a).- Fiduciante “*in bonis*”: Una persona física o jurídica (comerciante), constituye un fideicomiso de garantía, revistiendo la calidad de fiduciante, para garantizar una obligación que contrae, estando *in bonis*, y luego por circunstancias propia de la actividad mercantil, entra en cesación de pagos y posteriormente en concurso preventivo, ejecutando el fiduciario la garantía en el momento en que el fiduciante incumplió su obligación principal.

No debería haber dudas que el fiduciario, cumplió su obligación contractual, vendiendo los bienes de los que es propietario para pagar al beneficiario; el contrato de fideicomiso es oponible a terceros; el beneficiario no debe presentarse a verificar su crédito en el concurso del fiduciante, ya que estamos en presencia de un negocio jurídico preexistente al concursamiento,

²⁵ Martorell, Ernesto E., “Tratado de los contratos de empresas”, 2ª Ed. Actualizada, Ed. Depalma, t. 2, año 2000, pág. 1025.

que escapa al ámbito de aplicación de la LCQ, por ser una situación jurídica preconcursal²⁶.

(b).- Fiduciante “*en cesación de pagos*”: En este caso el fiduciante, constituye un fideicomiso de garantía, estando en cesación de pagos, muy poco tiempo antes de concursarse, produciendo sospecha a sus acreedores respecto que la finalidad fue sacar bienes de su patrimonio antes de concursarse. Todos sabemos que el concurso preventivo no tiene herramientas que nos permitan retrotraer las cosas, vía revocación de actos por ineficacia concursal (conf. art. 115 y ss. de la LCQ) como en la quiebra. Sin embargo, el legislador le exige al síndico actuante en el proceso prevencional que en su informe general (art. 39, inc. 8 de LCQ), enumere los actos susceptibles de ser revocados en una eventual quiebra (conf. art. 118 y 119 de la LCQ). El juez carece de facultades de revisión pues esa potestad le está conferida en caso de quiebra²⁷.

Lo expuesto no es impedimento para que, si acreedores del fiduciante en concurso preventivo tomaran conocimiento que la constitución del fideicomiso de garantía se efectuó para perjudicarlos separando bienes del patrimonio del concursado, es posible pensar que pueden promover la acción de simulación prevista en el art. 955 y ss. del Código Civil, o la acción pauliana²⁸ (art. 961 y ss. del CC.), que es en nuestra opinión la prevista en el art. 15 de la Ley N° 24.441²⁹.

Por supuesto que lo importante en este supuesto es determinar si el fiduciante constituyó el fideicomiso a los efectos de sacar activos de su patrimonio, lo que sería una conducta de mala fe y que debe ser sancionada, o si por el contrario, obró de buena fe y fue alcanzado por la cesación de pagos.

Por último, si estando en concurso preventivo un fiduciante desea o necesita constituir un fideicomiso de garantía para atender su giro comercial, será un acto susceptible de autorización judicial en los términos del art. 16 de la LCQ.

(c).- Fiduciante “*en quiebra*”: Si el fideicomiso fue constituido fuera del período de sospecha, es oponible a la quiebra, y es eficaz de pleno derecho.

Por el contrario, si el fideicomiso se constituyó dentro del período de sospecha, será ineficaz de pleno derecho, es decir válido para las partes, pero inoponible respecto de aquellos terceros cuyos intereses se pretendan tutelar (vg. acreedores de la quiebra). Todo parece indicarnos que la puerta de entrada para el síndico y los acreedores contra ese fideicomiso de

²⁶ Ver: Camerini, Marcelo A., “El contrato de fideicomiso de garantía y el concurso preventivo del fiduciante. El necesario camino de definir su alcance”, El Derecho, ejemplar del 27-12-05.

²⁷ Boretto, Mauricio, “Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario”, Ed. Ad-Hoc., año 2005, pág. 52.

²⁸ Ver: Favier Dubois (p), Eduardo: “Procedencia de la acción pauliana en el concurso preventivo: ¿sí o no?”, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre insolvencia, T. 2, Ed. Ad-Hoc., año 2003, pág. 19/21.

²⁹ “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 furos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”.

garantía constituido por el fallido en período de sospecha, será el art. 118 de la LCQ, dentro de alguno de los supuestos que contienen sus tres incisos.

Esta situación que estamos pensando, tiene a su vez dos posibilidades: (a).- que el fideicomiso de garantía esté constituido, producida la transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario, pero que el fiduciario no haya enajenado todavía los bienes. Ante este escenario pueden darse dos supuestos: (a.1).- que el patrimonio total del fallido –sin los bienes cedidos al fideicomiso- alcancen para cancelar el pasivo, con lo cual no habría disminución patrimonial en perjuicio de la masa, o (a.2).- que el patrimonio residual del fiduciante no alcance para cubrir su pasivo, y el fideicomiso de garantía sea perjudicial para los acreedores, ya que constituyó un mecanismo para agravar la insolvencia del deudor³⁰.

(b).- que el fiduciario haya enajenado los bienes que tenía en garantía, en forma inmediata posterior a la quiebra del fiduciante. Esta situación dispara una variada gama de posibilidades. Como dijimos precedentemente será vital para la suerte del fideicomiso, si los bienes del fallido alcanzan para pagar a sus acreedores. Si no alcanzan, es necesario observar la conducta del fiduciario, al aceptar ser propietario de bienes fideicomitados por un fiduciante que estaba en cesación de pagos y próximo a una quiebra. Que además procedió a la venta de los bienes, estando el fiduciante en quiebra. Pero también tiene importancia el tercero que adquirió los bienes, si conoció el estado de insolvencia del fiduciante³¹, o no, ya que si fue adquirente de buena fe, sería discutible la revocatoria concursal, y las acciones deberían encaminarse hacia la responsabilidad del fiduciario.

Por último, lo precedentemente expuesto no impide que se impetren otras acciones por parte de los acreedores del fallido, como pueden ser la revocatoria ordinaria (art. 961 y ss, del CC.) o la de simulación (art. 955 del CC.) según mejor encuadren en las circunstancias puntuales del caso.

6. Conclusiones:

(i).- Este comentario a la sentencia, ha desbordado los límites propios de los hechos traídos a consideración por el sentenciante, y somos conscientes de ello ya que hemos intentado penetrar más allá del estrecho ámbito de discusión del caso, para describir lo que consideramos es la hermenéutica del instituto y la intención del legislador cuando dictó la Ley N° 24.441, en lo que respecta al fideicomiso y su utilización como instrumento de garantía;

(ii).- Aclarado ello, creemos que la sentencia fue clara y resolvió a derecho lo que correspondía, sin embargo, ello no nos conforma. Toda vez que, debió realizar consideración sobre el funcionamiento del instituto más allá de los hechos que relataban las partes, apoyándose en doctrina y jurisprudencia imperante en la materia;

(iii).- Es evidente que entre CASH y BH existió una relación –la cual desconocemos-, que era más profunda que la que puede existir entre acreedor y deudor, con una garantía fiduciaria y que ninguna de las dos

³⁰ Aunque no es motivo de este comentario las medidas cautelares, en los casos que acabamos de describir, dicho remedio preventivo tiene una importancia sustancial.

³¹ El sólo conocimiento de la situación de quebranto presume iuris tantum la mala fe del tercero (art. 969 del CC.), en el sentido que quiso defraudar a los acreedores, lo que hace presumir la existencia de perjuicio para éstos últimos (vg. art. 119 de la LCQ), párrafo citado por Boretto, Mauricio, obra cit., pág. 81.

partes señaló con claridad, debiendo haber dejado la sentencia cuanto menos planteado el interrogante;

(iv).- Si esto así, no se alcanza a comprender por qué el fiduciario –que además tenía múltiples roles en el esquema del financiamiento total de los emprendimientos-, debió realizar un esfuerzo de envergadura para verificar su crédito, alcanzándolo cuando su deudor estaba en quiebra, siendo que tuvo en su manos los mecanismo de realización de los activos fideicomitidos dados en garantía;

(v).- La sentencia, define al crédito que verifica como quirografario y eventual, y nada más dice. Al respecto, somos de la opinión que si por circunstancias determinadas el beneficiario se viera obligado a tener que verificar un crédito en el concurso o quiebra del fiduciante, corresponde que la verificación sea como quirografario y condicional, para el caso en que la garantía sea insuficiente, pero sin derecho de voto.

Por el contrario, si la verificación se hace en firme, el acreedor-beneficiario vota y se somete voluntariamente tanto al resultado del concurso, como a los efectos de la propuesta que se homologue, por la totalidad del crédito adeudado³². Esto tampoco fue debidamente aclarado por la sentencia.

(vi).- Debe lisa y llanamente, repudiarse la constitución de fideicomisos unilaterales (la misma persona es el fiduciante y el fiduciario), como también cuando, lo es fiduciario y beneficiario, algo que en este caso no fue debidamente ponderado por la sentencia.

³² Favier Dubois (h), Eduardo, M. “La sustentabilidad legal de fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, en “Tratamiento Integral del Fideicomiso” (Directores: Eduardo Barreira Delfino y Marcelo A. Camerini) Ed. Ad-Hoc, año 2007, pág. 333.