

Algunas consideraciones sobre las garantías de «ejecución privada» o «extrajudiciales» o «autoliquidables». Enfoque desde el Derecho argentino

por

MAURICIO BORETTO (1)

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*

SUMARIO

1. PUNTO DE PARTIDA.
2. INTENTO CONCEPTUALIZADOR DE LAS «GARANTÍAS CON AUTOEJECUCIÓN».
3. SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES:
 - a) EL FENÓMENO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN. SUS VARIANTES:
 1. *Garantías autoliquidables reguladas legislativamente:*
 - i) Prenda civil.
 - ii) Prenda comercial común (no registrable).
 - iii) *Warrant.*

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Tema de tesis: «Las garantías autoliquidables como instrumento de tutela del crédito». Directora de tesis: Áida Kemelmajer de Carlucci. Miembros del Tribunal de Tesis: Francisco Junyent Bas, Daniel Pizarro y Ricardo Silberstein. Calificación: Diez puntos (10), Sobresaliente, con recomendación de publicación. Especialista en Sindicatura Concursal y Entes en Insolvencia. Título otorgado por la Universidad Nacional de Cuyo (2000-2001). Especialista en Docencia Universitaria. Título otorgado por la Universidad Nacional de Cuyo (2000-2001). Especialista en Derecho de Daños. Título otorgado por la Universidad Nacional del Litoral y la Universidad Nacional de Cuyo (2003-2006). «XI Premio de Derecho Privado Castán Tobeñas», edición 2008, otorgado por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación (España).

- iv) Prenda con registro «privada».
 - v) Ejecución hipotecaria del banco de la Provincia de Buenos Aires.
2. *Garantías autoliquidables no reguladas legislativamente:*
 - i) Garantías a primera demanda.
 - ii) Fideicomiso de garantía.
 4. EL FENÓMENO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EJECUTADO.
 5. LA «PREVENCIÓN» DEL DAÑO ANTE LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES:
 - a) GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES EN LAS CUALES *EXISTE INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL*.
 - b) GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES EN LAS CUALES «NO» *HAY INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL*.
 6. CONCLUSIÓN.
 7. LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES Y PROCESO CONCURSAL:
 - a) ASPECTOS QUE CARACTERIZAN AL PROCESO CONCURSAL Y AL DERECHO CONCURSAL EN GENERAL:
 1. *Preliminares.*
 2. *Principios que informan el proceso concursal.*
 3. *Periodo informativo en el proceso concursal:*
 - a) Proceso de verificación de créditos «temporal» (art. 32 LCQ y concordantes). Concepto. Procedimientos. Fines.
 - b) Actuación del síndico durante el proceso de verificación temporal.
 - c) Periodo de observación de créditos.
 - d) Informe individual del síndico (art. 35 y 200 LCQ).
 - e) Resolución judicial: créditos declarados *verificados, admisibles e inadmisibles* (art. 36 y 200 LCQ). Incidente de revisión.
 4. *La verificación tardía:*
 - b) PROCESO CONCURSAL Y GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES:
 1. *Opinión de la Doctrina.*
 2. *Posición de la Jurisprudencia.*
 - c) NUESTRA OPINIÓN:
 1. *Opinión del suscripto: conclusión.*

1. PUNTO DE PARTIDA

En la República Argentina, calificada doctrina extiende la garantía constitucional del debido proceso legal (art. 18 de la Constitución Nacional), pensada originariamente para el Derecho Penal, al ámbito privado patrimonial negocial. En este sentido, se ha afirmado sin hesitación que: «Ningún ha-

bitante de la nación podrá ser *penado o ejecutado en sus bienes* sin juicio previo fundado en ley» (2).

Es más, jurisprudencia de la Corte Federal argentina ha reafirmado la importancia del principio de bilateralidad procesal desde la óptica de la cosa juzgada, negando la existencia de esta última si falta el contradictorio (3).

A mayor abundamiento, el artículo 75, inciso 22.º de la Constitución Nacional argentina se ha incorporado con máxima jerarquía normativa a la Convención Americana de Derechos Humanos. En virtud de dicho tratado (art. 8.º), toda persona tiene el derecho humano a tener un proceso justo y a que termine en un tiempo razonable.

Ante este panorama doctrinario, jurisprudencial y normativo —que en principio impondría la necesidad de realizar las garantías crediticias con *previa intervención jurisdiccional* en virtud de la cual el deudor pueda ser oído y ejercer sus medios de defensa— estudiar las garantías autoliquidables es necesario pues, como regla, en este tipo de garantías, el deudor no es oído ni puede ejercer sus medios de defensa en la misma ejecución privada que se le sigue en su contra; cabe, pues, preguntarse si las garantías autoliquidables no son inconstitucionales por importar una renuncia anticipada de un derecho irrenunciable como es el de defensa en juicio del deudor.

Así las cosas:

- ¿Cómo es posible que las garantías autoliquidables hayan sido, sin más, consentidas por los operadores económicos, por los juristas, y por quienes ejercen la función jurisdiccional como si constituyeran un fenómeno jurídico-económico que viene dado de la realidad negocial y que debe aceptarse como tal?
- ¿Cómo se explica que estas garantías ganen cada vez más terreno en el «mundo de los negocios» sin que se cuestione su legitimidad constitucional?

En general, ni la doctrina ni la jurisprudencia explican por qué las garantías con autoejecución no son inconstitucionales a pesar de que, a la luz del artículo 18 de la Norma Fundamental y de algunos Tratados Internacionales, *prima facie* no respetarían el derecho de defensa del deudor.

En su mayoría, autores y jueces analizan y estudian directamente las garantías autoliquidables como instrumento de ejecución patrimonial, sin preguntarse si es legítimo y justo que se acometa contra la propiedad del ejecutado soslayando la oportunidad de que sea oído de manera previa dentro de la misma ejecución extrajudicial impetrada en su contra.

(2) CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal*, Conceptos fundamentales, t. 1, Buenos Aires, ed. Depalma, 1989, pág. 68.

(3) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19-2-71, «Campbell, Davidson v. Provincia de Buenos Aires», revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, 11/1971/231.

Es más, llama la atención que la moderna doctrina y jurisprudencia ni siquiera se pregunte si desde la óptica constitucional el juicio ordinario posterior a la ejecución es una alternativa eficaz para la protección de los derechos del deudor, ejecutado extrajudicialmente.

Sin embargo, este interrogante sí se lo formuló prestigiosa doctrina procesalista de la primera hora, y contestó negativamente. Dijo PODETTI en forma contundente: «*Un proceso en el cual el demandado no pudiera ejercitar sus defensas, sería claramente contrario a la garantía aludida. La circunstancia de que el ejecutado pueda iniciar luego un proceso de repetición por la vía ordinaria, no elude la violación constitucional, ya que el “juicio” sin audiencia y sin posibilidad de controversia, no sería tal y sus consecuencias nunca podrían ser totalmente reparadas mediante el proceso posterior*» (4).

Ante esta laguna de fundamentos justificativos por parte de los autores modernos, básicamente desde el punto de vista del Derecho Constitucional y Procesal argentino, creemos necesaria nuestra investigación, pues es menester desentrañar el alcance y proyección de la garantía del debido proceso legal —propia del ámbito penal— en el área privada patrimonial negocial. En consecuencia, se requiere dilucidar si el «conocimiento judicial anterior a la ejecución» es una exigencia que sólo rige para la esfera penal, o si, por el contrario, tampoco puede ser postergado en el ámbito privado patrimonial.

2. INTENTO CONCEPTUALIZADOR DE LAS «GARANTÍAS CON AUTOEJECUCIÓN»

Entendemos que las garantías autoejecutables son medios de ejecución patrimonial bajo la forma de negocios de garantía, en los cuales:

- a) la *ley* (v.gr., *warrants*, Ley 928 de 1878 y Ley 9643 de 1914 de la República Argentina; prenda con registro «privada», art. 39 del Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 y modificado según Decreto 897/95 de la República Argentina; prenda comercial común, art. 585 del Código de Comercio argentino, etc.) o la *autonomía de la voluntad de los particulares ejercida al amparo de la ley* (art. 1.197 del Código Civil argentino) (v.gr., garantías a primera demanda) asignan a ciertas convenciones o negocios jurídicos de garantía efectos análogos a los de una sentencia judicial (equiparación de títulos ejecutivos judiciales y de títulos extrajudiciales);
- b) de tal manera que los títulos extrajudiciales y privados que sustentan esos negocios jurídicos de garantía son susceptibles de agotar autó-

(4) PODETTI, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, 2.^a ed., t. VII-A, segunda parte, *El proceso ejecutivo típico*, capítulo VI, Buenos Aires, ed. Ediar, 1968, pág. 108.

nomamente el contenido de la función jurisdiccional, esto es, llevar a cabo la ejecución forzada sin que ella haya sido precedida —dentro del propio trámite autoliquidativo— de una etapa de conocimiento judicial. Se prescinde así de una etapa de tales características *dentro* del propio trámite privado de autoejecución patrimonial que lleva adelante el acreedor, en el cual el deudor y/o tercero garante pueda ser oído (ofrecer prueba, oponer defensas, excepciones, alegar sobre el mérito de la prueba ofrecida, etc.), y

- c) la ejecución de la garantía por el acreedor tiene carácter extrajudicial o privada; sea mediante la realización, venta o enajenación privada de la cosa dada en garantía; o, alternativamente, a través de la estimación de su valor según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero; o bien, mediante la satisfacción directa del crédito por parte del garante previa notificación por el acreedor del incumplimiento en el que incurriera el deudor, como ocurre en las garantías a primer requerimiento (en las que no se realiza cosa alguna).

En consecuencia, no obsta a la calificación de autoejecutable el hecho de que pueda existir «alguna» intervención jurisdiccional. Tal es el caso de las *garantías a primer requerimiento*, en las cuales se han admitido las medidas cautelares de prohibición de pagar contra el garante en aquellos casos en los cuales el deudor —ordenante— invoca y acredita fehacientemente la existencia de abuso o fraude manifiestos por parte del beneficiario al reclamar la ejecución de la garantía. Lo mismo podemos decir con respecto al «secuestro» en la prenda con registro privada, materializado a los efectos de entregarle al acreedor la «cosa pignorada» —que estaba en manos del deudor— para que la remate privadamente.

Así las cosas, quedan comprendidas en el concepto de autoejecutables, entre otras, las siguientes garantías:

- el *warrant* (Ley 928 y Ley 9643, ambas de la República Argentina);
- la prenda con registro privada (Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 y modificado según Decreto 897/95 de la República Argentina);
- la prenda comercial común (arts. 580 y 585 del Código de Comercio argentino);
- el fideicomiso de garantía (Ley 24.441 de la República Argentina);
- las garantías a primera demanda (art. 1.197 del Código Civil argentino);
- los depósitos en caución o *back to back* o depósito bancario en garantía o *escrow accounts* (principalmente regulados por las normas del Banco Central de la República Argentina (LISOL - «Liquidez y sol-

- vencia»), difundida por la comunicación A 3918, complementadas por el Código Civil argentino y el Código de Comercio argentino);
- la cesión de créditos en garantía (arts. 583 y 586 del Código de Comercio argentino y art. 1.197 del Código Civil argentino).

3. SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

ALEGRÍA explica «que la necesaria recurrencia a la actuación judicial previa o la exigencia de formalidades especiales para la ejecución de la prenda (dentro de un proceso judicial o fuera de él) no resuelven hoy eficazmente los problemas específicos que se pueden presentar. Así la subasta judicial o el remate público no aseguran el mejor precio objetivo de los bienes (y en verdad no podría exigirse ese resultado). Por el contrario, esos procedimientos necesariamente conllevan demoras y costos que, lamentablemente, inciden sobre aquél a quien pretenden proteger. Las demoras, en particular, en cuanto permiten que se sigan devengando intereses y el crédito aumente; los costos, porque a veces insumen gran parte de lo que realmente se obtiene en subastas o remates» (5).

La idea del juicio previo a la ejecución patrimonial ha generado, según algunos autores, una tremenda desprotección al crédito, pues la duración del proceso —que tiene por fin la declaración de certeza de la voluntad legal— ha actuado en desmedro de una rápida tutela; la consecuencia más importante de esta realidad es el encarecimiento del crédito, de los bienes y servicios, la disminución de la calidad de vida de los miembros de la comunidad y, en última instancia, la ausencia de competitividad de su economía.

Refiriéndose al Código de Comercio italiano de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, un autor sostuvo que la venta judicial —que presupone el *juicio previo*— es el más dañoso a los intereses del comercio, porque la intervención de la autoridad judicial con toda la secuela de formalidad que tiene detrás, puede retardar mucho el día en que el acreedor reciba el pago del crédito y se reembolse de todo lo que ha gastado por causa de la prenda. Éste no es, por cierto, el modo de alentar las operaciones de crédito (6).

La actividad económica moderna habría impuesto, entonces, la necesidad de optimizar la utilización de los recursos y/o factores de la producción, forjando una importante variedad de instrumentos y mecanismos de crédito que tratarían de brindar respuesta a las necesidades de los operadores económicos, especialmente, el empresario moderno, brindándole nuevas alternativas para el mejor desarrollo de sus emprendimientos y un más fácil acceso al crédito.

(5) «Las garantías autoliquidables», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, ed. Rubinzel Culzoni, núm. 2, págs. 160 y 161.

(6) VIDARI, Ercole, *Corso de Diritto Commerciale*, 5.^a ed., t. 5, Milán, Hoepli, 1904, pág. 92.

Se advierte un profundo cambio en las condiciones socioeconómicas; se hace hincapié en la necesidad de acordar especial protección a los derechos patrimoniales, garantizando a los capitales que deciden financiar actividades productivas o de servicios, seguridad y facilidad en la generación y percepción de utilidades que reditúen los emprendimientos que promuevan. La tutela del crédito ha venido a adquirir así una superlativa trascendencia como factor de desarrollo económico.

La necesidad de inmediatez en la efectivización de los reclamos y cierta constatación en la inseguridad jurídica que resultaría de la demora en el reconocimiento judicial del derecho y la ejecución de la sentencia judicial habrían generado nuevos requerimientos de seguridad, que aparecen en esta llamada *lex mercatoria* o usos del comercio internacional (7).

Esta circunstancia es la que habría originado la idea de independizar la ejecución del conocimiento judicial, autorizando a cierta especie crediticia a obtener su realización aún sin que medie juicio previo a la agresión patrimonial que fije los hechos y declare el derecho que le es aplicable, procediéndose directamente a la etapa ejecutiva.

Se reclama mayor efectividad, más rapidez, más agilidad, mayor rigor; lo que trae como consecuencia menos márgenes defensivos, como así también, el desplazamiento de la actividad jurisdiccional por la extrajudicial y privada del acreedor, a quien se le reconocen nuevas potestades: ejecutar por sí el bien objeto de la garantía, aprobar sus propias liquidaciones, entregar bienes y transferir el dominio de los mismos sin control judicial alguno.

Si el deudor o el tercero garante quieren «quejarse», deberán instar un proceso amplio de conocimiento donde puedan denunciar los excesos del acreedor y obtener la reparación de los daños.

QUEVEDO MENDOZA (8) explica que la nueva realidad económica impuso la necesidad de repensar el «punto de equilibrio» entre el interés, revalorizado en la protección incondicionada del crédito, y el resguardo, aunque dentro de modestos límites, de la integridad patrimonial de los sujetos pasivos de tales créditos, localizado en una situación intermedia entre el predominio de la absoluta precedencia del conocimiento a la ejecución (principio romanista) y la apertura a una franca inversión de esos términos en casos específicos (principio germano, conservado en el Derecho franco). El mismo autor destaca que en el Derecho argentino, el legislador nacional parece francamente dispuesto a relocalizar el punto de equilibrio fijado por las legislaciones procesales, inclinando la balanza a favor del interés en la tutela rápida del

(7) RICHARD, Efraín H., «La garantía a primera demanda y el crédito stand by», en *Derecho Mercantil Contemporáneo*, obra dirigida por PIAGGI, Ana I., y ESTOUP, Luis A., Buenos Aires, ed. La Ley, 2001, pág. 283.

(8) «Título ejecutivo y Constitución», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2001-1, procesos de ejecución - 1, Santa Fe, ed. Rubinzel Culzoni, pág. 15 y sigs.

crédito; entre otras formas, a través del incremento de la recaudación fiscal, con miras a combatir el enorme déficit de las finanzas públicas que aconsejan el montaje de una estructura para el cobro urgente de los créditos fiscales, remitiendo el ejercicio del derecho defensa del agobiado contribuyente a un momento posterior a la satisfacción de aquél, a la vez que autoriza a los órganos estatales de recaudación a proceder a una tutela privada —extrajudicial— del crédito. Cita como ejemplo en esta dirección el Decreto-ley 15.348/46, ratif. Ley 12.962 y modif. Decretos-leyes 6810/63 y 6817/63 de la República Argentina (art. 39) y Ley 9644 de la República Argentina (art. 22), la Ley 24.441 de la República Argentina (tutela del crédito hipotecario), Ley 25.239 de la República Argentina (modificatoria de la ejecución fiscal), y la Ley 25.248 de la República Argentina (reglamentario del contrato de *leasing*), normas que responden a la idea de simplificar hasta el extremo el cobro judicial de los créditos que provienen de actividades particularmente protegidas como factores primordiales de reactivación económica o del ejercicio del poder impositivo estatal (9).

En esta misma línea argumental, señala con certeza KAMINKER (10) que la gradual captación del intercambio de bienes y servicios por la actividad privada y la mayor fluidez del comercio internacional, unida a la creciente bancarización, determinaron la necesidad de una más ágil generación de instrumentos aptos para dar mayor seguridad a las transacciones y celeridad a su actuación judicial. Como respuesta a estos requerimientos de la actividad económica, fueron apareciendo en la constelación de los títulos ejecutivos nuevas modalidades de generación, que no requieren, sino en modo pretérito y por vía de autorización contractual abierta, la intervención del deudor. Reconocen esta génesis el certificado de saldo de deuda en cuenta corriente bancaria, el título complejo base de la ejecución de deuda emergente del uso de tarjetas de crédito, así como —en algunos aspectos— la factura de crédito. En tales casos, la intervención personalizada en la creación del título está a cargo de funcionarios de los organismos de créditos públicos y privados. Adquiere así relevancia la actividad desarrollada en este aspecto por los contadores y gerentes de bancos, equiparable, *mutatis mutandi*, a la hasta entonces reservada a los agentes públicos autorizados a suscribir certificados de deuda fiscal aptos para franquear la vía de apremio. De ello se ha seguido el clamor generalizado —obviamente, por parte de los ejecutados— contra el ejercicio abusivo de las facultades operativas nacidas de los contratos financieros abiertos, en especial la de debitar de las cuentas del deudor los créditos

(9) *Ibidem*, pág. 16.

(10) «Nuevas modalidades de ejecución. Ejecución hipotecaria extrajudicial. Ejecución fiscal. Leasing. Su trámite. El problema de su ajuste constitucional», en *Revista de Derecho Procesal*, 2001-2, procesos de ejecución II, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 111 y sigs.

generados por su actividad bancaria, clamor que ha encontrado algún eco morigerador merced a la aplicación por los tribunales de los artículos 21 y 953 del Código Civil argentino.

Se produce así, reiteramos, un giro de ciento ochenta grados en la concepción del procedimiento con que el acreedor cuenta para cobrar a su deudor la acreencia adeudada.

Se consolida la idea de admitir que el acreedor pueda agredir al deudor (o tercero garante) sin que éste pueda defenderse en forma previa, privándolo en forma inmediata de la tenencia del bien asiento de la garantía (sin necesidad de esperar hasta el momento de la subasta como ocurre en el «juicio»), para realizarlo privadamente y cobrarse con su producido.

Frente al terrible fantasma de la «imprevisible» duración del proceso judicial (ante la existencia previa a la ejecución de la posibilidad de discusión por parte del ejecutado, los engorrosos trámites pre y post subasta del bien realizado, etc.) se erige esta nueva tendencia que legitima al acreedor para que autolique su garantía de manera más rápida y económica. Para ello, se saca de la escena «ejecutiva» al juez, y se deja en manos del acreedor todo el procedimiento de cobro de su crédito a través de la ejecución privada de la garantía que se procuró con tal finalidad. El juez sólo podrá intervenir, en principio, si el deudor lo convoca con posterioridad, una vez culminada la ejecución del acreedor.

Por ello asiste razón a KAMINKER (11) quien —tras realizar un profundo estudio de la ejecución extrajudicial hipotecaria (Ley 24.441 de la República Argentina), de los procedimientos a que puede dar lugar el contrato de *leasing* (Ley 25.248 de la República Argentina) y de la ejecución fiscal (Ley 25.239 de la República Argentina)— afirma que toda esta nueva normativa que autoriza al acreedor a privar inmediatamente al deudor de la tenencia o posesión del bien asiento de la garantía, ha desplazado y acortado de modo trascendente los tiempos y posibilidades de negociación, otorgando un poderío mucho mayor al acreedor, aumentando su chance de satisfacción coactiva de sus intereses, con la consecuente reducción del marco defensivo del deudor. El equilibrio interno del procedimiento de ejecución registra, de tal modo, un cambio significativo. La enorme presión que ello significa sobre quien prevé como inmediata la pérdida de la tenencia del bien asiento del hogar o actividad laboral, o de la maquinaria indispensable, resulta generadora de circunstancias sobre las que resultaría ocioso abundar.

(11) «Nuevas modalidades de ejecución. Ejecución hipotecaria extrajudicial. Ejecución fiscal. Leasing. Su trámite. El problema de su ajuste constitucional», *ob. cit.*, pág. 127 y sigs.

a) EL FENÓMENO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN. SUS VARIANTES

En algunos casos, fue la *ley* la que equiparó ciertos documentos —en cuanto representan determinados actos o negocios jurídicos— a la sentencia judicial (v.gr., *warrants*, arts. 16 y 17 de la Ley 9643 de la República Argentina; prenda comercial común, art. 585 del Código de Comercio argentino, etc.), adjudicándole la misma eficacia generadora de un poder de actuación por parte del acreedor contra los bienes del deudor *sin previa injerencia jurisdiccional*.

Veamos algunos ejemplos:

1. *Garantías autoliquidables reguladas legislativamente*

i) Prenda civil

Sobre la base de lo regulado por el artículo 3.224 del Código Civil argentino se ha interpretado que el acreedor pignoraticio sólo tiene el derecho de pedir la venta *judicial* de la cosa dada en prenda; el acreedor no puede apropiarse de ella; cualquier cláusula que lo autorizara para hacerlo o para proceder por sí mismo a la venta de la cosa, sería nula (arts. 3.222 y 3.223 del Código Civil argentino). El legislador ha querido poner al deudor a cubierto de la avaricia de los prestamistas, que acordando préstamos pignoraticios sobre cosas de gran valor, podrían fácilmente llegar a verdaderas expoliaciones. La venta con intervención de la autoridad judicial, se piensa, es la mejor forma de impedir esta clase de especulaciones (12).

La doctrina coincide que la ejecución de esta especie de garantía es siempre judicial (13).

ii) Prenda comercial común (no registrable)

Sin embargo, para la *prenda comercial* el discurso ha sido diferente. El Código de Comercio argentino autorizó al acreedor para que procediera direc-

(12) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino*, derechos reales, 4.^a ed., actualizada por ARGARANAS, Manuel, t. IV, Buenos Aires, ed. Tipográfica Editora Argentina, S. A., 1960, pág. 392.

(13) FALCÓN, Enrique, «La ejecución prendaria (primera parte)», en *Revista de Derecho Procesal*, 2001-1, proceso de ejecución - I, Santa Fe, ed. Rubinzel Culzoni, pág. 167; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, t. II, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1975, pág. 381; LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil*, t. V, «Tratado de Derechos reales», vol. III, Buenos Aires, ed. Ediar, 1943, pág. 198; FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, t. II-C, Buenos Aires, ed. Depalma, 1988, pág. 100.

tamente a la venta de la cosa pignorada sin intervención jurisdiccional. A diferencia del artículo 3.224 del Código Civil argentino, que sólo autoriza al acreedor a pedir que se haga la venta, el artículo 585 del Código Comercial argentino autoriza al acreedor a proceder a la venta al día siguiente del vencimiento.

Si bien el deudor no requiere ser citado, el acreedor debe rendir cuentas y devolver el saldo sobrante al deudor (14).

De esta manera, se dijo, se ha tendido a facilitar la realización de la prenda, evitando demoras y gastos en beneficio de ambas partes (15).

iii) *Warrant*

Las empresas de depósitos reglamentadas por las leyes reguladoras del *warrant* tienen no sólo la ventaja de facilitar locales adecuados para la estiba y guarda de mercaderías, sino la de facilitar operaciones relacionadas con la comercialización y crédito de los productos, sin el desplazamiento que sería necesario, todo lo cual significa, desde luego, un fundamental beneficio. Las empresas no necesitan locales propios para ese almacenamiento, lo que a veces no es posible o resulta muy oneroso, y recurren a estos depósitos generales, que son construcciones amplias, adecuadas y sólidas. Esta organización permite que el empresario se vaya desprendiendo de los productos u obteniendo crédito a medida que sus necesidades lo requieran (16).

iv) Prenda con registro «privada»

Cuando la garantía prendaria reviste carácter registral, en cuyo caso no ocurre el desplazamiento de la cosa prendada a las manos del acreedor, este último se ve obligado a recurrir al órgano jurisdiccional para hacerse del bien prendado (obtener el secuestro) y luego enajenarlo extrajudicialmente.

Sin embargo, ello no debe conducir a pensar que el acreedor debe iniciar un proceso de ejecución autónomo a tal fin. En efecto, el trámite extrajudicial dispuesto por el artículo 39 de la Ley 12.962 de la República Argentina, básicamente, se limita a suplir, a favor de las instituciones oficiales o bancarias —en razón de la garantía de solvencia y seriedad que ellas ofrecen— la

(14) FALCÓN, Enrique, «La ejecución prendaria (primera parte)», *ob. cit...*, pág. 169.

(15) FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, t. III-C, Buenos Aires, ed. Deplama, 1988, pág. 101.

(16) ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, t. III, Buenos Aires, ed. Deplama, 1967, pág. 184.

desposesión que sufre el acreedor, cuyo privilegio prendario reviste carácter registral (17).

La jurisprudencia sostiene (18) que el mecanismo consagrado en el artículo 39 es la forma de enajenación que se supone ofrece mayores garantías de obtener un precio ajustado al verdadero valor de los bienes, y que de algún modo contrabalancea esa facultad excepcional que la ley concede a favor de uno de los justiciables.

Dispone la normativa citada que si el acreedor es el Estado, sus reparticiones autárquicas, un banco, una entidad financiera autorizada por el Banco Central de la República Argentina o una institución bancaria o financiera de carácter internacional, puede ejecutar la prenda privada o extrajudicialmente, «sin juicio previo», aún en el supuesto de concurso del constituyente (art. 39.º del Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 de la República Argentina, y art. 23 de la Ley 24.522 de concurso y quiebras de la República Argentina), a través de la llamada «ejecución privada prendaria»; conforme esta facultad, el acreedor, que no es pagado en tiempo y forma, puede proceder sin juicio previo y en forma extrajudicial a rematar la cosa dada en prenda; luego debe rendir cuentas del producido de la ejecución privada al deudor prendario o tercero constituyente de la garantía (art. 580 y sigs. del Código de Comercio argentino). Esta especie prendaria recibe la denominación de «privada» por cuanto ostenta la calidad de autoliquidable.

v) Ejecución hipotecaria del banco de la Provincia de Buenos Aires

El artículo 65 de la carta orgánica del banco de la provincia de Buenos Aires, Argentina (Decreto-ley 9434/79, modif. Decreto-ley 9840/82, según Decreto 9166) otorga a esa entidad bancaria la facultad de ejecutar extrajudicialmente la propiedad hipotecada. Puede ordenar la venta en remate del inmueble hipotecado sin juicio, al mayor postor y con la base de la deuda por todo concepto y otorgará, llegado el caso, la correspondiente escritura a favor del comprador, colocándolo, si así lo estimare pertinente, en posesión del inmueble libre de ocupantes, ya sean éstos el propietario o tercero a nombre del mismo, quedando subrogado el comprador en todos los derechos que correspondan al deudor sobre dichos inmuebles.

En el contrato de préstamo, el deudor conferirá mandato irrevocable al banco para otorgar y firmar la escritura traslativa de dominio, el que

(17) SERATTI, Agustín, y LEGIZAMÓN HOUSSAY, Juan M., *El trámite del artículo 39 de la Ley 12.962. Prenda, L.L.* 2003-D, pág. 1265.

(18) CNCCom., sala D, 24-12-81, BCNCom. 982-1-4, *Revista de Derecho Procesal*, 2001-1, procesos de ejecución - I, pág. 175 [citado por Enrique FALCÓN, «Ejecución prendaria (primera parte)】».

podrá ejecutar aún en el caso de concurso, quiebra o fallecimiento del deudor. El mismo mandato comprenderá la facultad de dar posesión al comprador y representar al deudor en cualquier juicio que pudiere promoverse contra él y que afectare a la propiedad hipotecada, así como de accionar contra terceros.

2. *Garantías autoliquidables no reguladas legislativamente*

En otro orden, como se ha adelantado, no fue sólo la *ley* la que equiparó a la sentencia judicial los efectos de ciertos títulos privados; los operadores económicos —con argumento en el principio de la autonomía de la voluntad, art. 1.197 del Código Civil argentino, según el cual: «*Las convenciones hechas en los contratos forman, para las partes, una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*», y el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina que reza que: «*Nadie está privado de hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*»— engendraron también negocios jurídicos de garantía a «su medida» con efectos semejantes.

Veamos algunos ejemplos:

i) Garantías a primera demanda

Se dice que en el comercio internacional es indispensable contar con garantías independientes o autónomas que no estén ligadas a la suerte o a las vicisitudes del negocio que garantizan. Además, es necesario que el acreedor no encuentre obstáculos para honrar la garantía que, finalmente, dificulten el recupero de su crédito.

Piénsese en un negocio jurídico de garantía accesorio como es la fianza: sus disposiciones regulatorias disponen su invalidez cuando es inválido el negocio garantizado; además, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor debe ejecutar judicialmente la garantía para cobrar su acreencia.

¿Cómo asegurar, con estas garantías accesorias, los altos riesgos económicos que implican los negocios internacionales?

Las garantías autónomas, susceptibles de ejecución privada extrajudicial (*a primer requerimiento del beneficiario*), desvinculadas de los vicios y cualidades del negocio base, parecen responder a aquellas exigencias ne-gociales.

Por ello, se ha sostenido que las mentadas garantías son el producto de nuevas realidades económico-financieras: las crecientes necesidades de financiamiento, que exigen mantener activas las sumas líquidas para nuevas inversiones; en los contratos internacionales, el riesgo adicional de la aplicación de normas desconocidas para el contratante; la velocidad de los intercambios

(tan opuesta a la lentitud de las decisiones judiciales); el ocultamiento de algunas operaciones, no siempre cristalinas, etc. (19).

En esta misma línea argumental se ha dicho que la garantía a primera demanda concedida por instituciones financieras, vino a sustituir las cauciones en dinero o títulos que hacían más onerosos a los empréstitos en caso de contratos de obras públicas, abarcando tanto las cauciones necesarias para la participación en la licitación, como las correspondientes al recibo de adelantos y a las exenciones de retenciones, aplicándose también en el campo del comercio internacional (20) y en el comercio interno (21).

La abstracción de esta garantía —al desvincularse del contrato base garantizado— impidió que los vicios de la relación fundamental se reflejaran en el pago, especialmente en las operaciones internacionales, en las cuales no siempre es fácil, para el acreedor bancario extranjero, conocer, analizar en profundidad y acompañar, de modo prolongado, el contrato que motivó la garantía (22).

La constitución de esta garantía establece una relación jurídica compleja entre varios sujetos. Un ejemplo puede servir para individualizarlos mejor:

Una empresa constructora de Mendoza (República Argentina) quiere presentarse a una licitación de una gran obra pública convocada por el Gobierno egipcio; es requisito para la presentación a esa licitación una garantía a primera demanda de un banco con sede en Egipto. El constructor argentino se presenta a la licitación con una garantía otorgada por un banco francés que tiene filial en Egipto; para eso, ha debido concertar con el banco francés que extienda esa garantía a cambio de una determinada suma de dinero que el constructor le paga.

Aparecen, pues, los siguientes sujetos:

- a) ordenante o principal (la persona que desea participar en una licitación);
- b) el beneficiario (el gobierno licitante egipcio), y
- c) el garante (el banco o una compañía de seguros).

(19) Conf. NATUCCI, Alessandro, *Astrazione causale e contratto autónomo di garanzia*, Cedam, Milán, 1992, pág. 3; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Áida, «Las garantías a primera demanda», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2, Santa Fe, ed. Rubinzel Culzoni, pág. 98.

(20) VASSEUR, Michel, «Rapport de Synthèse», en *Les Garanties Bancaires dans Contrats Internationaux*, Paris, Éditions du Moniteur, 1981, pág. 319; WALD, Arnaldo, «Algunos aspectos de la garantía a primera demanda en el Derecho Comparado», en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 23, vol. 1990-B (julio-diciembre), págs. 651 y 652.

(21) MASSOT, Ramón P., *Fianzas a primer requerimiento*, IV Congreso sobre aspectos jurídicos de las entidades financieras, 1.^{as} Jornadas de Derecho Bancario, 9 al 11 de noviembre de 1988, Buenos Aires, pág. 189.

(22) WALD, Arnaldo, *ibídem...*, pág. 652.

Normalmente, el ordenante y el beneficiario se ubican en plazas diferentes (países diferentes).

La *relación básica* es la que nace de la vinculación beneficiario (licitante) con el ordenante (constructor). El ordenante, compelido por las condiciones de la licitación en la que desea participar, conviene con su garante que preste una garantía «a primera demanda» a favor del beneficiario. Se trata de una típica *relación de crédito* (23), ya que para otorgar la garantía, el banco ha de analizar la obligación que va a asumir, y la situación de solvencia y de capacidad del ordenante; normalmente, requerirá a su cliente contra-garantías (personales o reales) a su satisfacción para asegurarse que el ordenante le reembolsará lo pagado al beneficiario.

Tomada por el garante la decisión de asumir esa obligación de garantía, y prestadas las contra-garantías, emitirá una *declaración unilateral* obligándose frente al beneficiario «a primera demanda».

La obligación del garante es *incondicionada* e implica, como ya lo hemos explicado, la renuncia a oponer las defensas que pudiera tener el principal u ordenante contra el beneficiario. Así, por ejemplo, la empresa constructora fue víctima de dolo ejercido por parte del gobierno egipcio que la indujo —engañada— a presentarse en el proceso licitatorio, lo que viciaría de nulidad su participación en la licitación, que no podrá invocar el banco garante para no honrar la garantía a primera demanda.

El garante/emisor no está llamado a investigar las transacciones subyacentes, circunscribiéndose a revisar que la demanda de pago emanada del beneficiario sea conforme a los términos de la *declaración unilateral* emanada de aquél por la cual se obliga frente al beneficiario «a primera demanda» (24).

De tal modo, cuando el beneficiario reclama el pago de la garantía, el garante no puede requerir se le presente documentación probatoria del incumplimiento del principal u ordenante. Debe pagar. De ahí que la garantía es *autónoma* y *abstracta*.

Más aun, llegando a extremos, la doctrina ha entendido que cumplida la obligación del contrato base a cargo del ordenante, lo que extinguiría objetivamente la garantía, requiere para que este último efecto se produzca, que el ordenante disponga de prueba líquida que permita acreditar aquél. Si, al contrario, el deudor cumplidor no dispusiera de esos elementos de juicios, la garantía no

(23) Tiene por objeto la utilización del crédito del banco (o de otro garante) frente al tercero (beneficiario).

(24) Se pregunta Richard: ¿La renuncia a oponer excepciones, incluye las suyas propias, como las de compensación? Este era uno de los problemas doctrinales; la Convención de las Naciones Unidas sobre «Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente» la soluciona expresamente. La compensación es posible (art. 18), pues se trataría de deudas líquidas exigibles recíprocamente («Las garantías autónomas en el Derecho argentino y en los proyectos de reforma», en *Derecho Mercantil contemporáneo*, obra dirigida por PIAGGI, Ana I., y ESTOUP, Luis A., Buenos Aires, ed. La ley, 2001, pág. 290).

se extingue objetivamente, esto es, el garante deberá pagar «a primera demanda», aún cuando el beneficiario no tuviera derecho a la prestación garantizada.

Héctor ALEGRÍA (25) habla —en esta misma línea de razonamiento— de la «doble abstracción»:

Primero: la garantía es abstracta respecto de la relación que le da origen en las vinculaciones ordenante-garante. Es decir, al beneficiario no le son oponibles las condiciones de la operación que medió entre el garante y el ordenante. Así, por ejemplo, si el ordenante no hubiere pagado las comisiones de garantía o no hubiera constituido o hubieran desmejorado las contragarantías, esas peculiaridades no alteran su obligación frente al beneficiario.

Segundo: la garantía también es abstracta respecto del contrato base entre ordenante y beneficiario. Se refiere a la inoponibilidad, por el garante, de defensas que se funden en el contrato base (v.gr., nulidad de éste). Como la obligación del garante es independiente (en tanto no accesoria) de la obligación del ordenante, *ergo*, las defensas o excepciones relativas a esta última obligación son irrelevantes para juzgar o detener el vínculo del garante para con el beneficiario.

Recapitulando (26):

- i) estas garantías se utilizan frecuentemente en contrataciones internacionales, consistiendo en la obligación que asume un tercero (banco o eventualmente una empresa vinculada o interesada), de cumplir la prestación o pagar una suma de dinero, en caso que una de las partes (generalmente la que debe realizar la obra), deje de hacerlo;
- ii) el pacto lleva consigo la obligación del garante de pagar «a primera demanda», esto es, de hacerlo no bien el garantizado deje de efectuar la prestación por cualquier causa. Supone la renuncia a oponer las defensas del garantizado relativas al contrato, si las hubiere. Por ello, la «primera demanda» genera la exigibilidad de la prestación del garante.

Después del pago, pueden presentarse diversas acciones de restitución, tales como:

- a) *Acción del banco-garante contra el ordenante:* en la práctica no hay necesidad de deducir ninguna acción judicial pues, como se ha dicho,

(25) ALEGRÍA, Héctor, «Las garantías abstractas o a primera demanda en el Derecho argentino y en el Proyecto de Unificación Argentino», en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1987, año 20, págs. 718 y 719.

(26) ALEGRÍA, Héctor, «Las garantías a primera demanda en el Derecho argentino. Situación actual y perspectivas de reforma», en *IV Congreso sobre aspectos jurídicos de las entidades financieras*, Primeras Jornadas de Derecho Bancario, Buenos Aires, 9 al 11 de noviembre de 1988, Buenos Aires, 1989, págs. 184 y 185.

- la entidad financiera (garante) que paga al beneficiario, se ha preparado anticipadamente para asegurar su cobro (reembolso) sin necesidad de acudir a los tribunales: exige a su cliente tener dinero líquido depositado en una cuenta abierta por el garante, o una prenda de valores mobiliarios cotizables en bolsa, o prenda sobre mercaderías, etc.
- b) *Acción del ordenante contra el beneficiario:* la acción corresponde en los casos en que el beneficiario ha cobrado del garante indebidamente; por ejemplo, porque el negocio base era nulo, o estaba extinguido, o ya había recibido la prestación con anterioridad de manos del deudor, etc.
- c) *Acción del garante contra el beneficiario:* atento a la estructura propia de la garantía abstracta, no existe naturalmente el derecho de repetición o reembolso contra el beneficiario. Sin embargo, este derecho puede ser reservado expresamente mediante cláusula de la garantía; o bien puede nacer por otras vías alternativas:
- la primera, por acción subrogatoria u oblicua para el caso de que el ordenante, demandado por el garante, no satisfaga esta obligación y, a su vez, no accione contra el beneficiario en razón del contrato-base que los liga (art. 1.196 del Código Civil argentino);
 - la segunda, cuando no tuviere derecho a reembolso del ordenante. Esto ocurrirá, normalmente, cuando haya pagado sin atender a las pruebas líquidas que tuviere a su disposición para repeler la petición del beneficiario. Si es así, no tendrá acción contra el ordenante, pero la tendrá contra el beneficiario sobre la base del pago indebido (art. 784 del Código Civil argentino).

Como dijimos antes de ahora, aunque no existe regulación legal vigente, la doctrina mayoritaria entiende que las garantías a primera demanda están amparadas por el principio de la libertad de contratación consagrada en el artículo 1.197 del Código Civil argentino y el régimen constitucional nacional, ampliamente liberal (art. 19 de la Constitución Nacional argentina: «*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*»).

ALEGRÍA (27) se ha pronunciado sobre su admisibilidad en el Derecho argentino en los siguientes términos:

(27) «Las garantías autónomas en el Derecho argentino y en los proyectos de reforma», en *Derecho Mercantil Contemporáneo*, obra dirigida por PIAGGI, Ana I. y ESTOUP, Luis A., Buenos Aires, ed. La ley, 2001, pág. 274 y sigs.; «Las garantías a primera demanda en el Derecho argentino. Situación actual y perspectivas de reforma», en *IV Congreso sobre aspectos jurídicos de las entidades financieras*, Primeras Jornadas de Derecho Bancario, Buenos Aires, 9 al 11 de noviembre de 1988, Bs. As., 1989, pág. 185 y sigs.

- a) Se trata de un caso de aplicación adecuada del principio de autonomía de la voluntad. Este principio, ínsito en el ordenamiento argentino por vía del artículo 1.197 del Código Civil argentino, equipara a la libre contratación con la ley. Es sabido que la norma no importa la libertad de elegir una figura jurídica recogida por el legislador o cambiarle algunos de sus caracteres contingentes, sino básicamente en moverse dentro del amplísimo campo que el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina deja al arbitrio de los particulares (comprendidos aquí el propio Estado y corporaciones públicas en determinadas circunstancias) creando incluso figuras «atípicas».
- b) El propio Código Civil argentino consagra un instituto de ribetes bien parecidos (dado que la analogía no es similitud o identidad, es obvio). En efecto, en el artículo 1.994 establece la validez de la fianza aún cuando la obligación del afianzado sea nula por incapacidad de éste. Es decir, el tercero se comprometió y quedó obligado válidamente aun cuando el garantizado no.
- c) El artículo 1.163 del Código Civil argentino recoge una institución de contenido bien similar. Allí el legislador, siguiendo una tradicional corriente latina, admite que *«El que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer las pérdidas e intereses, si el tercero se negare a cumplir el contrato»*. Este contrato de *porte fort* o promesa del hecho del tercero tiene estructura similar a la garantía a primera demanda.
- d) Las obligaciones cambiarias en general y el aval en particular admiten la validez del vínculo aun cuando los otros no lo fueren (art. 7.º de la Ley cambiaria, Decreto 5965/63 argentino) y en especial cuando no lo fuere el del avalado (art. 34, segundo párrafo, Decreto-ley citado).
- e) Aún sin adentrarse en el estudio de las obligaciones abstractas y su libertad de creación, la abstracción, aun «doble», reposa sobre la voluntad del obligado generalmente manifestada como consecuencia de una negociación contractual que le da base.
- f) Frente al beneficiario que recibe la garantía, el acto del obligado consiste en una determinada prestación a realizarse también en muy bien predeterminadas circunstancias. Desde este punto de vista, su vínculo puede perfectamente fundarse en la declaración unilateral de voluntad, cuya admisibilidad en el Derecho argentino, si bien se ha debatido, no parece en la actualidad despertar voces discordantes.
- g) La posición del beneficiario de la garantía a primera demanda es idéntica a la del beneficiario de un seguro contratado por un tercero interesado.

Sin embargo, estas garantías no han sido ajenas a la crítica. Con claridad, ALEGRÍA (28) sintetiza las principales críticas hechas a estas garantías:

- La excesiva protección del adquirente o beneficiario, que a su solo arbitrio puede poner en juego la garantía. Se unen consideraciones comerciales a principios jurídicos (en nuestro Derecho: la igualdad, el debido proceso, la propiedad, por ejemplo, arts. 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional argentina).
- La presión de los adquirentes sobre la base de los derechos que las garantías le confieren.
- Los costos adicionales que pueden suponer para las prestaciones.
- La inconveniencia de plasmar garantías abstractas que se desprendan de la debida ejecución de las prestaciones de los contratos.
- El abuso de la abstracción, en contra de la buena fe.

Por otro lado, varios proyectos de reformas de la legislación vigente argentina se refieren a estas garantías:

- Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987

El artículo 2.290 de la Ley 24.032 —vetado por el Poder Ejecutivo— establecía que las llamadas garantías a «primera demanda» o «primer requerimiento» constituyen una declaración unilateral de voluntad (que es regulada como fuente de las obligaciones, art. 2.288) en las que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas independientemente de las excepciones y defensas que pudiera tener el deudor, aunque mantenga el derecho de repetir del beneficiario después del pago. La normativa prohibía que este tipo de obligaciones pudiesen ser asumidas por personas físicas.

- Proyecto de la Comisión Federal de 1993

La regla expuesta en el parágrafo anterior es mantenida en el anteproyecto de la llamada «comisión federal», con una sola modificación —que no varía el sentido— del último párrafo del artículo 2.290, que quedó redactado de la siguiente manera: *«Las obligaciones a que se refiere el párrafo anterior pueden ser contraídas por personas jurídicas»*.

(28) «Las garantías abstractas o a primera demanda en el Derecho argentino y en el Proyecto de Unificación Argentino», en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1987, año 20, pág. 695.

- Proyecto de Reformas al Código Civil. Comisión designada por Decreto 468/92

Las garantías a primera demanda fueron también reguladas como un supuesto de declaración unilateral de voluntad e incluidas en un capítulo especial (capítulo IV).

El artículo 1.479 decía: *«Se incluyen en las disposiciones generales de este Título las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda” o “a primer requerimiento” y aquéllas en que de cualquier otra manera se establezca por escrito que el emisor, un banco o una compañía aseguradora, garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas independientemente de las excepciones o defensas que éste pudiera tener; el pago faculta a promover las acciones recursorias correspondientes».*

En este Anteproyecto de reformas se agrega un párrafo final, que prevé el fraude o abuso manifiesto del beneficiario que surge de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen (art. 1.479). Expresamente dice: *«En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante podrán requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario deberá satisfacer antes del cobro».*

- El Proyecto de Código Civil (Comisión creada por Decreto 685/95)

Finalmente, el anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 las denomina «garantías unilaterales» y las regula en los artículos 1.742 a 1.746:

1. El artículo 1.742 dice: *«Tipificación. Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones de este capítulo, las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda”, “a primer requerimiento” y aquéllas en que de cualquier otra manera se establezca que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pudiera tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos. El pago faculta la promoción de las acciones recursorias correspondientes».*
2. El artículo 1.743 dispone: *«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 respondan 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».*
3. El artículo 1.744 expresa: «*Forma. Las garantías previstas en este capítulo deben constar en instrumento público o privado. Si son otorgadas por entidades financieras o compañías de seguros, puede asumirse también en cualquier clase de instrumento particular.* - 4. El artículo 1.745 manifiesta: «*Cesión de garantía. Los derechos del beneficiario emergentes de la garantía no pueden transmitirse separadamente del contrato o relación con que la garantía está funcionalmente vinculada, antes de acaecer el incumplimiento o el plazo que habilita el reclamo contra el emisor, salvo pacto en contrario. Una vez ocurrido el hecho o vencido el plazo que habilita ese reclamo, los derechos del beneficiario pueden ser cedidos independientemente de cualquier otra relación. Sin perjuicio de ello, el cessionario queda vinculado a las eventuales acciones de repetición que pudieren corresponder contra el beneficiario según la garantía.* - 5. Por último, el artículo 1.746 dice: «*Irrevocabilidad. La garantía unilateral es irrevocable a menos que se disponga en el acto de su creación que es revocable.*

Así las cosas, como puede observarse, las garantías a primera demanda se incorporan en el último Proyecto de reformas argentino, reconociéndose expresamente su validez.

ii) Fideicomiso de garantía

Otro tanto ocurre con el fideicomiso de garantía, figura en la cual también está ausente el *juicio previo*.

Un autor se pregunta: ¿Qué garantía protege no sólo el crédito de quien financia un proyecto, sino también el buen fin del proyecto, poniéndolo a salvo de contingencias ajenas al proyecto mismo? Y responde: El fideicomiso de garantía. Este resultado no se logra hipotecando o prendando los bienes que integran el activo del proyecto. Dado que éstos se mantienen en el patrimonio del empresario deudor, cualquier otro acreedor ajeno al emprendimiento puede atacarlos, sin que la existencia de los derechos reales de garantía permita impedir o repeler la acción de tal acreedor. El remate de los bienes

es la consecuencia, y si bien el acreedor garantizado cobrará en primer término, el proyecto se habrá frustrado. Especialmente en los esquemas negociables conocidos como financiación de proyectos en todas sus variantes, interesa sobre manera al proveedor de la financiación que el proyecto llegue a concretarse y produzca los resultados esperados, ya que el flujo de fondos previsto para el emprendimiento será su verdadera garantía de cobro (29).

Al argumento precedentemente expuesto se añade este otro. En caso de incumplimiento del deudor, el acreedor cuenta con una garantía de rápida realización para satisfacer su crédito; bastará para ello que el fiduciario enajene o adjudique los bienes fideicomitidos de acuerdo a lo pactado en el contrato, sin necesidad de recurrir a actuación judicial previa alguna. De esta manera, se sostiene enfáticamente, se abarata el costo del crédito, pues el acreedor —atento a que su poder de recupero del dinero prestado es muy eficaz— estará dispuesto a cobrar tasas de interés más accesibles y a aceptar condiciones más flexibles en la devolución del préstamo; todo esto redunda, en definitiva, en beneficio de la economía de la comunidad.

En concreto, «esta particular figura aventaja a otro tipo de seguridades personales y reales al perfilarse como una neta garantía autoliquidable, que favorece el abaratamiento y acceso al crédito. En su aplicación han puesto especial atención los acreedores institucionales (bancos y financieras), a fin de sustraerse a los dilatados y costosos procesos judiciales en reclamo de sus acreencias. También se postula como garantía preferida que conceda a la entidad acreedora un tratamiento preferencial en la carga de previsor en el Banco Central de la República Argentina» (30).

4. EL FENÓMENO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EJECUTADO

Como lo explicamos precedentemente, en las garantías autoejecutables la agresión patrimonial es directa, sin posibilidad de que el ejecutado pueda ejercer contra la misma —en forma *previa*— el derecho de defensa. Éste podrá ejercerse a través de un juicio de conocimiento amplio —distinto de la vía ejecutiva privada— cuya promoción estará a cargo del deudor o tercero garante ejecutado.

(29) CARREGAL, Mario, *Fideicomiso de garantía: lícito y necesario*, L.L. 2000-D, pág. 952.

(30) PUERTA DE CHACÓN, Alicia, «Propiedad fiduciaria en garantía, ¿es posible en el Derecho vigente?», en *RDPC*, 2001-3, Fideicomiso, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, págs. 165 y 166; KIPER, Claudio M., y LISOPRAWSKY, Silvio V., «Fideicomiso de garantía», en *Teoría y práctica del fideicomiso*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1999, pág. 1 y sigs.; CZARNY, Natalio, «Garantías preferidas por el BCRA. Propuesta de calificar al fideicomiso de garantía como preferida. Fundamento», en revista argentina *El Derecho*, 172-1028.

Es más, si la ejecución llevada a cabo por el acreedor fue abusiva, fraudulenta o sin derecho, en el juicio de conocimiento iniciado por el ejecutado para plantear aquellas defensas que no pudo concretar en la autoejecución patrimonial dirigida en su contra podrá, además, reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la ejecución antijurídica.

La Carta Magna no impone que el deudor deba ser oído previamente en la *misma vía ejecutiva* que se está utilizando en su contra. Lo que sí asegura la Constitución —pues *la defensa en juicio de la persona y sus derechos es inviolable*— es la oportunidad de que «pueda» ser oído en forma previa, y ello a través de distintas vías:

- a) por medio de la propia ley que impone la «vista» o «traslado» previo a favor del deudor *dentro de la propia vía ejecutiva* utilizada contra este último (caso del *juicio ejecutivo*), o,
- b) porque, si bien no impone el «traslado» o «vista» previa en la misma vía ejecutiva incoada, deja librado a la iniciativa del propio deudor la promoción del contradictorio *por cuerda separada* a través de un juicio de conocimiento (caso de las *garantías autoliquidables*); juicio este último que, aunque no esté expresamente previsto por el Derecho procesal o sustancial, tiene fundamentos en el Derecho constitucional.

Erróneamente se sostiene que la única posibilidad con que cuenta el deudor autoliquidado para defender sus derechos es el *juicio de conocimiento «posterior» a la ejecución*; es decir, después de ejecutado patrimonialmente.

Sin embargo, esta afirmación carece de respaldo normativo, toda vez que el deudor tiene —a la luz del art. 18 de la Constitución Nacional— la posibilidad de promover el juicio de conocimiento —con la amplitud probatoria y de audiencia necesarias— *antes, durante y después* de la ejecución para hacer valer sus derechos, sin que ello obste a que el acreedor siga adelante con la propia ejecución extrajudicial. El deudor podrá activar su defensa por cuerda separada (juicio de conocimiento) y no dentro de la propia vía ejecutiva privada a través de la cual se lo está ejecutando.

Se confunde la situación del deudor *autoliquidado* por el acreedor con la del deudor agredido en virtud de un *juicio ejecutivo*.

Todos los Códigos Procesales prevén la existencia de un juicio ordinario *posterior* que tiene como presupuesto la tramitación *previa* de un juicio ejecutivo.

Sólo cuando ha existido un juicio ejecutivo previo se justifica la posibilidad de promover un juicio de conocimiento amplio posterior (no anterior) a aquél pues, en definitiva, el deudor ha tenido la posibilidad de defenderse —aunque acotadamente— en el propio juicio seguido en su contra, lo que

legitima el hecho que se postergue el planteo de aquellas cuestiones ajenas al título ejecutivo para un momento posterior.

Aún tratándose de «juicio» ejecutivo, la Corte Suprema de la Nación de la República Argentina, *in re*, «Laperuta, Guillermo c/The Chase Manhattan Bank SA» (31) y el Doctor Jorge Peyrano —al estudiar a las acciones de revisión y rectificación de la cuenta corriente bancaria (32)— admiten que el «juicio de conocimiento» puede no ser posterior al juicio ejecutivo. He aquí el punto de equilibrio.

El último párrafo del artículo 553 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCCN) (según Ley 22.434) puede extraerse la posibilidad que tiene el ejecutado de cuestionar la deuda que se le atribuye mediante un proceso de conocimiento, que si bien no paraliza la ejecución, tampoco se ve impedida por ésta. En el caso, mientras era ejecutado por el banco en virtud del certificado de saldo de la cuenta corriente de que era titular, el deudor promovió demanda a través de la cual solicitó la nulidad del contrato celebrado con el ejecutante, pues los aspectos atinentes a la causa sólo podían ser atacados por la vía del proceso ordinario.

Tanto en primera como en segunda instancia se resolvió que no debía sustanciarse la demanda hasta tanto —conforme al art. 553 CPCCN— estuviese firme la sentencia recaída en el juicio ejecutivo. La Corte entendió que los jueces inferiores habían incurrido en arbitrariedad, tras haber desinterpretado la mentada norma (que sí autoriza a tramitar el juicio ordinario concomitantemente con el ejecutivo), lesionando la garantía constitucional que asiste al ejecutado y que le asegura el derecho al debido proceso.

De lo expuesto cabe concluir que en el Derecho Procesal argentino no hay obstáculo legal para que el deudor promueva —concomitantemente o con posterioridad al juicio ejecutivo— el juicio ordinario en el cual se discutan con amplitud el alcance y la relación causal motivo de la emisión del título ejecutivo.

Tal aserto nos guía a la siguiente reflexión: si la concomitancia del juicio ordinario es viable respecto de un juicio ejecutivo que tramita en contra del ejecutado, con mayor razón sería viable cuando el obligado es ejecutado por un mecanismo autoliquidativo en el cual no hay juicio previo.

En efecto, el deudor ejecutado por el acreedor munido de *garantía autoliquidable* lisa y llanamente no puede hacer valer defensa alguna, ni siquiera referida al título, pues no hay «juicio» en su contra en el cual las pueda plantear.

Se justifica que el *deudor* pueda promover un juicio de conocimiento (con la amplitud de audiencia y prueba necesarias) *antes* o *durante* (y por supuesto

(31) Revista argentina *El Derecho*, 123-280.

(32) «Enfoque procesal de las acciones de revisión y de rectificación de la cuenta corriente bancaria», en revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, 1995-III-899.

con posterioridad) a la ejecución para ser oído, aún cuando no podrá impedir que lo ejecuten extrajudicialmente.

En aquellos casos en que el juicio de conocimiento es iniciado con *posterioridad* a la ejecución autoliquidable, podrá adoptar *también* la forma de un *juicio de repetición*. En éste el deudor autoejecutado podrá pretender, además de plantear aquellas defensas que no pudo hacer valer en la ejecución privada, repetir contra el acreedor lo percibido por éste —sin derecho— con motivo de la autoliquidación de la garantía. Puede además acumular la pretensión resarcitoria.

Para el caso de que el acreedor haya ejecutado sin derecho o abusivamente una garantía autoejecutable, deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados al deudor; por ejemplo:

- el deudor obtuvo sentencia a su favor en el juicio de conocimiento iniciado contra la autoliquidación, en el cual se declaró nula la garantía autoliquidable por defectos de especialidad o accesoriiedad;
- logró demostrar en dicho juicio que había pagado con anterioridad la deuda garantizada con la autoliquidable que se ejecutó con posterioridad en su contra;
- pudo demostrar en el mentado juicio que la garantía autoejecutable que se ejecutó a su respecto, lo fue como consecuencia de una obligación principal que había sido declarada nula en virtud de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material.

5. LA «PREVENCIÓN» DEL DAÑO ANTE LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

Tratándose de garantías autoejecutables, como regla, el deudor no puede impedir la «agresión» patrimonial privada del acreedor; sin embargo, puede promover el juicio «previo» para que lo «oigan antes», y esta facultad no le puede ser vedada. Es decir, la ley puede posponer la promoción del juicio de conocimiento, pero no puede *prohibir la facultad constitucional de la cual goza el deudor de poder iniciarla antes o durante la autoliquidación de la garantía*.

Este juicio de conocimiento amplio que puede promover el deudor contra la ejecución privada y extrajudicial del acreedor, puede tener mayor o menor entidad y efectos, según que «intervenga» o no un juez en la realización de la garantía autoliquidable; intervención jurisdiccional, reiteramos, que no implica que el deudor pueda ejercer su derecho de defensa (como ocurre, por ejemplo, con el «secuestro prendario» en la prenda con registro privada según Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 y modificado según Decreto 897/95, concretado en virtud de una resolución judicial —solicitada por el

acreedor— a los efectos de materializar la entrega de la cosa pignorada a éste para que pueda rematarla).

a) GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES EN LAS CUALES EXISTE INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL

El deudor se opondrá, a través de un juicio de conocimiento amplio planteando, aquellas cuestiones que no puede hacer valer en la ejecución extrajudicial; sin embargo, como regla, *no podrá detener ni suspender la ejecución extrajudicial* a través de medidas cautelares (v.gr., prohibición de innovar).

Las medidas cautelares no pueden impedir que prosiga el juicio promovido ante otro juez. La solución contraria implicaría otorgar facultades de revisión a un tribunal distinto al que lleva adelante la ejecución, facultad que no existe en ninguna disposición legal.

El deudor que ha iniciado un juicio para oponerse y que pretende paralizar la ejecución privada (v.gr., el secuestro del bien prendado en la ejecución de la prenda privada con registro) contraría el *principio de prevención* según el cual: «cuando un tribunal se ha avocado al conocimiento de un asunto, ningún otro puede interferir de modo directo o indirecto en el desarrollo y desenlace de aquél».

Sin perjuicio de la regla expuesta —*el juicio de oposición no suspende la autoliquidación de la garantía por ser de aplicación el principio de prevención*— creemos que «*vedar*» *a priori* y en todos los casos la posibilidad de plantear la suspensión por parte del deudor, podría constituir una limitación irrazonable (arts. 1.071 y 1.198, aptd. 1.º del Código Civil argentino) del derecho de acceso a la justicia que le asiste a aquél.

En nuestra opinión, los supuestos de abuso o fraude *manifestos* autorizarían la suspensión. Por ejemplo, el deudor es ejecutado habiéndose pagado la obligación principal, o habiéndose declarado judicialmente inválida por vicios de nulidad, etc.; circunstancias todas éstas conocidas por el acreedor.

En efecto, la valla es prudente siempre y cuando entre los procesos no exista conexidad, porque si entre el que tiene la medida decretada y aquél que pretende obtener la extensión existe algún punto de conexión o complemento, la cautelar podría aplicarse sujetas a pocos y precisos requisitos (33).

Aunque desde otra óptica, y con otros fundamentos, el legislador concursal ha consagrado en el artículo 24 de la Ley 24.522 una *excepción* importante al *principio de prevención*. El mentado artículo de la Ley concursal

(33) Gozaíni, Osvaldo A., «Acerca de la posibilidad de extender los efectos de la prohibición de innovar a procesos conexos», en revista argentina *El Derecho*, 158- 226; Cámara Nacional Civil, sala A, marzo 15-1994, «Vaserman, Olga, c. Vaserman, Ana Sofía, s/nulidad de los actos jurídicos», revista *El Derecho*, 158-227.

dice: «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 (34) 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 días. La resolución es apelable al solo efecto devolutivo por el acreedor, el deudor y el síndico».

Un caso paradigmático en materia de garantías autoliquidables, en el cual se aplicó el artículo 24 LCQ precitado, fue el resuelto por el Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registros de la Primera Circunscripción Judicial, expediente número 8715, 22/09/2004, «El Rápido, S.R.L. p/Conc. Prev.» (35).

En el caso, la concursada —empresa de transporte público— solicitó en sede concursal la suspensión de una medida de secuestro de automotores ordenada por el juez civil y comercial (no concursal) en la ejecución prendaria incoada contra la deudora.

No obstante que la solución brindada por el fallo precitado corresponde al ámbito concursal exclusivamente, esfera en la cual encontramos una *disposición normativa específica* que autoriza la interferencia de juez respecto de otro, la misma no importa una solución aislada en el escenario del ordenamiento jurídico en general y, por ende, es proyectable a otras ramas del Derecho.

Así, en materia de acción de amparo, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los autos «Miró, Héctor D.», atendió por vía de amparo el problema suscitado por la detención de un letrado, dispuesta por razones disciplinarias por la Cámara de Mercedes (Sala 1.^a). Tal detención fue juzgada por aquella Corte como improcedente, dado que había sido dictada sin oír al profesional, y sin admitir el carácter sustitutivo de la multa oportunamente impuesta (36).

BIDART CAMPOS ha sostenido que un procedimiento de amparo contra actos procesales viciados (sea por defecto de trámite o de contenido) no puede descartarse con el único argumento de que las decisiones del juez de la causa no deben ser revisadas por otro magistrado ajeno al expediente (37).

(34) Ordenadas por otros jueces (con competencia no concursal).

(35) Revista argentina *Actualidad Jurídica de Mendoza*, primera quincena de abril de 2005, año I, vol. 13, pág. 810.

(36) Revista argentina *La Ley*, 95-626.

(37) *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1969, pág. 266.

b) GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES EN LAS CUALES «NO» HAY INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL

Al igual que en los casos de ejecución privada en los que existe una «mínima» intervención judicial, el deudor ejecutado tampoco puede postular una cautelar dentro del proceso de oposición que suspenda e impida al acreedor ejecutar privadamente la garantía.

Tal pretensión sería violatoria de la garantía constitucional de «libre demandabilidad» enraizada en el artículo 17 de la Constitución Nacional argentina, conforme al cual:

- i) a nadie se le puede impedir el acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos;
- ii) de igual modo, resulta violatorio del derecho de propiedad impedir que el *acreedor* ejecute por vía privada la garantía cuya constitución ha sido prevista —precisamente— para recuperar el crédito concedido, en caso de incumplimiento de la deuda garantida (siempre que se le asegure por contraposición y coetáneamente al *deudor* la posibilidad de iniciar el *proceso de oposición contra* la autoliquidación).

Sin embargo creemos que, cuando en la realización de las garantías autoliquidables no hay intervención jurisdiccional alguna, la cuestión cambia con respecto a aquellos casos en las cuales sí existe intervención jurisdiccional.

Cuando no hay injerencia judicial, el deudor tiene más chances —en el juicio de oposición— de obtener medidas precautorias idóneas para «detener» o «suspender» la ejecución privada de la garantía. No está en juego, en este supuesto, el *principio de no intervención*. El deudor ejecutado abusivamente puede oponerse a la ejecución extrajudicial a través de medidas cautelares (v.gr., medida de no innovar) planteadas en el marco de juicio de conocimiento amplio *previo o concomitante* a la ejecución; sólo en aquellos supuestos excepcionales en los cuales aparece manifiesto que el acreedor carece de todo derecho o abusa de él al mediar *dolo o fraude manifiesto de fácil prueba* (por ejemplo, porque el deudor pagó la deuda cuya garantía se ejecuta; o porque se declaró la nulidad de la obligación principal garantizada con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, etc.).

La Cámara Federal, Civil y Comercial, Sala II, el 11-3-04, en autos «Vázquez, Diana G. C. Poder Ejecutivo Nacional y otro» (38) resolvió que era procedente la medida cautelar solicitada con el objeto de que se ordene al banco demandado abstenerse de iniciar la subasta de un inmueble en el marco de la ley argentina, número 24.441, hasta tanto se resuelva la acción interpuesta para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 39 del

(38) Revista argentina *La Ley*, 2004-E-205.

Decreto 1387/2001, 6 del Decreto 1570/2001 y de la comunicación «A» 3398 del Banco Central de la República Argentina, pues las argumentaciones expuestas en la demanda convencen acerca de la existencia de un derecho *prima facie* verosímil, ya que el resguardo perseguido no podría obtenerse por medio de otra medida precautoria y de negarse la peticionada se provocaría en la actora un perjuicio prácticamente irreparable.

De igual modo, el 6 de febrero de 2003, en autos «The Bank of New York c. Institutos de Servicios Sociales Bancarios», la Corte Federal de la República Argentina resolvió favorablemente e hizo lugar a la presentación directa revocando la decisión recurrida pronunciada por la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social (Sala II), que había denegado el recurso extraordinario deducido. En el caso, se había pedido —como medida cautelar de no innovar— que una Obra Social se abstuviera de ejecutar unos certificados de deuda hasta que se resolviese el recurso de alzada planteado contra las resoluciones que habían determinado las deudas en cuestión.

La peticionante de la cautelar interpuso recurso extraordinario; invocó que se le había privado de un procedimiento administrativo regular, respetuoso del debido proceso y del derecho de defensa sustancial; que se le había negado información sobre la deuda reclamada, así como el acceso a la alzada administrativa; hizo especial hincapié en la insuficiente reparación que significaban para sus agravios los procesos ejecutivos u ordinario posterior y que el levantamiento de la prohibición de innovar precipitaba los perjuicios constitucionales que se procuran evitar mediante su dictado.

La Corte negó que la cautelar impida a la Obra Social acceder a la justicia; sostuvo que queda al arbitrio de la Administración poner fin a la medida cautelar, puesto que ésta se concedió limitadamente hasta tanto se resolviera el recurso ante el Ministerio de Salud y se habilite con ello la vía judicial, según prevé el artículo 95 del Decreto 1759/72. Precisó que el propósito de la medida no fue otro que suspender los efectos de actos administrativos tachados de nulidad. Destacó que la accionada es un ente en liquidación, intervenido por el Poder Ejecutivo, sin objeto social y fuera del régimen de la Ley 23.660, motivo por el que, de no acogerse la cautelar se estaría obligando a la actora a demandar a un ente insolvente, con un régimen patrimonial transitorio, lo que, por sí mismo, evidencia el peligro en la demora.

6. CONCLUSIÓN

Conforme lo expresado precedentemente, creemos que los intereses constitucionales en juego (defensa en juicio, derecho de propiedad y derecho a la conclusión de los procesos en un plazo razonable) pueden ser compatibilizados a la luz de la Carta Magna:

Por un lado, el *acreedor* no encuentra dilaciones al pretender el cobro de su crédito; esto es, *dentro* de la propia vía extrajudicial que utiliza para cobrar su acreencia, el deudor no pueda plantear cuestiones que dilaten o retarden aquél objetivo.

Por el otro, el *deudor* que prueba en forma indubitable que la ejecución que se sigue en su contra es «abusiva» o «ilícita» puede plantear y acreditar tal situación, *excepcionalmente*, a través de un *juicio de conocimiento amplio iniciado por separado y con carácter previo, paralelo o posterior* a la auto-liquidación de la garantía, siempre que no interrumpa la pretensión ejecutiva del acreedor.

En estos términos, el deudor puede ejercer «a tiempo» su derecho de defensa sin perjudicar la vía de cobro del crédito del acreedor, quedando, sin embargo, en manos de este último —al ver que se denuncia por «juicio separado» una situación de «abuso» o «ilicitud»— la prudente decisión de no iniciar la ejecución, detenerla y no seguirla hacia adelante, so riesgo de tener que reparar los daños y perjuicios ocasionados por su obrar antijurídico (en caso de haber ejecutado mal y sin derecho, o en forma abusiva).

En definitiva, no puede «prohibirse» que el juicio sea «previo», ni en la ejecución patrimonial ni en la penal. Este derecho del ejecutado no puede ser derogado por el legislador ni por las partes. Se trata de un derecho amparado por los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional Argentina, que tutelan el derecho de defensa en juicio de la persona y el derecho de propiedad privada.

En la esfera patrimonial, el legislador puede postergar el ejercicio del derecho de defensa del deudor. Tal parecería ser el caso de las autoejecutables. Sin embargo, por imperio de la Constitución Nacional, el deudor goza siempre de la facultad de poder instar —carga del contradictorio— de manera «previa» el juicio necesario para ser oído. Dicha facultad encuentra base normativa en los artículos 17 (inviolabilidad de la propiedad privada), 18 (inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos), y 19 de la Constitución Nacional Argentina (principio de legalidad). En cambio, en la esfera penal, el juicio o el conocimiento judicial debe ser *indefectiblemente* previo a la ejecución o condena.

En conclusión, desde la óptica de los derechos patrimoniales, el conocimiento judicial «puede verse postergado» por el legislador bajo ciertas condiciones, siempre y cuando se deje en manos del deudor la «posibilidad» o la «facultad» de iniciarla en forma previa en casos de ejecuciones privadas abusivas o fraudulentas (circunstancias que tiene la carga de probar).

7. LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES Y PROCESO CONCURSAL

A continuación, *relacionaremos* las garantías autoliquidables y el proceso concursal, especialmente, con el trámite verificadorio. En efecto, establecer la vinculación entre garantías autoejecutables y proceso falencial es relevante, toda vez que la relación entre las etapas de conocimiento y ejecución tiene repercusión no sólo en la órbita del proceso individual (ejecución individual) sino también en el ámbito concursal (ejecución colectiva). De manera particular, el proceso verificadorio plantea el interrogante acerca de si desempeña o no la función de etapa de conocimiento judicial previa a la ejecución patrimonial por parte del acreedor.

Previo a establecer estos vínculos es necesario exponer, lo más sintéticamente posible, los aspectos que caracterizan al proceso concursal argentino.

a) ASPECTOS QUE CARACTERIZAN AL PROCESO CONCURSAL Y AL DERECHO CONCURSAL EN GENERAL

1. *Preliminares*

El deudor puede encontrarse ante la imposibilidad de hacer frente al *conjunto de sus obligaciones*; su estado de impotencia patrimonial se revela, pues, con carácter *general*. Para estos supuestos, la ley prevé un proceso que involucra a *todo su patrimonio* y a *todos sus acreedores*. Este proceso, que es de carácter colectivo y que comprende la totalidad del patrimonio y la totalidad de los acreedores, se denomina *juicio concursal*, procedimiento concursal o proceso *colectivo*. A diferencia del proceso individual, el proceso colectivo no tiene como presupuesto el *mero incumplimiento* de alguna obligación, sino un estado generalizado de insolvencia del deudor denominado *estado de cesación de pagos*.

Los caracteres más importantes de este *juicio colectivo*, son los siguientes:

- a) El presupuesto de apertura del proceso concursal es el *estado de cesación de pagos* o insolvencia del patrimonio del deudor, caracterizado como el *estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles*. Este presupuesto del concurso difiere del mero «incumplimiento», presupuesto del juicio individual, aunque el incumplimiento de la obligación constituye uno de los *hechos reveladores* del estado de cesación de pagos.
- b) La ejecución colectiva es un proceso *único*. Dentro de la República Argentina no pueden coexistir, contemporáneamente y en rela-

ción al mismo patrimonio de una misma persona, dos procesos concursales.

- c) En virtud de lo expuesto, un solo órgano jurisdiccional entiende en la totalidad de las pretensiones de contenido patrimonial contra el deudor concursado (*fuero de atracción*). Este proceso colectivo «atrae» la mayoría de los juicios individuales que estaban iniciados contra el deudor.
- d) La existencia de un único proceso concursal y la necesidad de que a él concurran todos los acreedores del deudor produce varios efectos beneficiosos: (I) Un mejor control del deudor y de los acreedores entre sí respecto a cuáles pretensiones crediticias pueden incorporarse al pasivo común. (II) Una mayor celeridad en la tramitación del procedimiento universal. (III) Una mayor economía a fin de que se devenguen menores gastos de justicia.
- e) En el proceso concursal entran en conflicto no sólo los intereses patrimoniales *particulares* del acreedor y del deudor, sino también los intereses de la generalidad de los acreedores, los de la colectividad, interesada en la protección de la empresa como fuente de trabajo y unidad productiva, etc. Ello explica las restricciones al *principio dispositivo* y la mayor vigencia del principio inquisitivo, traducido en mayores poderes del juez concursal y en algunas facultades del síndico, órgano propio y característico de estos juicios (v.gr., el síndico del concurso puede impulsar el desarrollo del proceso y puede producir prueba aún cuando no sea ofrecida por el concursado; el deudor puede desistir del concurso preventivo y de la quiebra que él peticionó, pero con las restricciones fijadas por los arts. 31, 87 de la ley argentina, núm. 24.522 de concursos y quiebras, etc.).
- f) El juicio colectivo produce importantes efectos sobre la persona y sobre los bienes del deudor concursado. Así, en la quiebra, todos los bienes del patrimonio (salvo ciertas excepciones legalmente determinadas) resultan incautados y entregados al síndico para su custodia y administración hasta la liquidación judicial. El quebrado pierde las facultades de administración y disposición de sus bienes (desapoderamiento). Por un cierto periodo, el deudor quebrado es inhabilitado personalmente, medida que le impone numerosas restricciones a sus actividades, sobre todo en la esfera comercial y empresarial.
- g) Particularmente en la quiebra, los mecanismos para dejar sin efecto actos realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores y, de este modo, recomponer el patrimonio del fallido, son más simples, exigen menos requisitos y extremos probatorios que los de las accio-

- nes del derecho común (simulación, fraude, etc.). A tal efecto, la legislación falencial regula las *acciones de ineficacia concursal*. Por lo demás, la integridad del patrimonio del deudor es resguardada por el *síndico* quien, en el concurso preventivo, ejerce una *vigilancia* sobre el mismo, y en la quiebra lo *administra y dispone*.
- h) La ley concursal tiene un régimen propio de preferencias o privilegios. Es decir, cuando el deudor está *in bonis* rige la llamada «ley común» (Código Civil, Código de Comercio, códigos procesales, etc.); cuando se encuentra en estado de cesación de pagos, en cambio, normalmente no se aplican las reglas del llamado Derecho Común (Código Civil, Código de Comercio, etc.) sino la ley *especial*, que es la ley de concursos o ley *falencial*.

2. *Principios que informan el proceso concursal*

El proceso concursal se caracteriza por ser *universal, único y predominantemente inquisitivo*:

- a) *Universalidad* (o colectividad o pluralidad): El proceso concursal es universal por cuanto en él convergen las pretensiones de todos los acreedores sobre la totalidad de un patrimonio. Este carácter del proceso concursal guarda relación con la noción del patrimonio como universalidad jurídica. Se trata de un proceso que compromete al patrimonio como conjunto de bienes y deudas de una persona (no se limita a algunos bienes singulares y a algunas deudas). Afecta a la totalidad del activo del deudor, convocando a los acreedores a dirimir y a efectivizar sus derechos sobre los bienes que integran ese patrimonio.

Por eso, se habla de universalidad concursal *objetiva y subjetiva*.

En su *aspecto objetivo*, la universalidad se refiere a los *bienes del deudor* comprometidos en el proceso concursal. Una aplicación de este aspecto es el artículo 1 de la Ley 24.522 de concursos y quiebras (*en adelante LCQ*) que dice: «El concurso preventivo o quiebra produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados». Entre estas últimas encontramos, verbigracia, el artículo 108 de la Ley 24.522, norma que establece qué bienes están excluidos del desapoderamiento que pesa sobre el quebrado.

En su *aspecto subjetivo*, la universalidad se refiere a los *sujetos involucrados* como acreedores del deudor concursado; es decir, a todos los que pretenden cobrar sus acreencias sobre el patrimonio que se encuentra en cesación de pagos. En este sentido, la carga de *verificar los créditos*, es decir, la carga de concurrir ante el *síndico*, denunciar el crédito (causa, títulos justificativos y privilegio) y solicitar ser incluido dentro del pasivo al que los bienes del

deudor deben dar satisfacción, se impone a «todos los acreedores», tanto en el concurso preventivo como en la quiebra (arts. 32 y 126, LCQ).

b) *Unicidad*: este carácter se encuentra íntimamente ligado a la universalidad. No pueden coexistir dos procesos concursales relativos a igual patrimonio del mismo sujeto. Existe un proceso único, un juez único, y *fuero de atracción*. En virtud del fuero de atracción, a partir de la resolución judicial que abre el concurso preventivo o la quiebra *todos los juicios de contenido patrimonial* seguidos ante cualquier juzgado de la República Argentina contra el concursado, *deben radicarse ante el juez del concurso preventivo o de la quiebra* (arts. 21 y 132 de la Ley 24.522).

La reforma de la Ley 26.086 (39) ha debilitado tremadamente el fuero de atracción.

Efectivamente, han quedado excluidos de sus efectos en el ámbito del *concurso preventivo* (art. 21 LCQ): 1) los procesos de expropiación, los que se fundan en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales; 2) los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales (salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los 32 y concordantes de la LCQ), y 3) los procesos en los que el concursado sea parte de un litis consorcio pasivo necesario. En estos casos los juicios proseguirán ante el tribunal de su radicación originaria y la sentencia que se dicte en los mismos valdrá como título verificadorio en el concurso. En el caso de las ejecuciones de garantías reales no se admitirá el remate de la cosa gravada ni la adopción de medidas precautorias que impidan su uso por el deudor, si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio.

Por su parte, la declaración de *quiebra* (art. 132 LCQ) atrae al juzgado en el que ella tramita todas las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales. Salvo las ejecuciones de créditos con garantías reales, quedan exceptuados de este principio los casos indicados en el artículo 21, incisos 1), 2) y 3) bajo el régimen allí previsto. El trámite de los juicios atraídos se suspende cuando la sentencia de quiebra del demandado se halle firme; hasta entonces se prosigue con el síndico, sin que puedan realizarse actos de ejecución forzada.

c) *Inquisitoriedad*: los procesos concursales pueden ser caracterizados como *predominantemente inquisitivos*, por oposición a los procesos *dispositivos*.

El principio dispositivo suele regir en procesos en los que se dirimen cuestiones que afectan intereses privados. Estos procesos se caracterizan porque las partes (actor y demandado) tienen el poder de *iniciativa*; relatan los hechos, exponen sus pretensiones y defensas en la demanda y en la contestación y,

(39) Publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina* del 11-4-2006.

de este modo establecen los límites del juicio; al dictar la sentencia que pone fin al pleito, el juez no puede apartarse del marco fijado por actor y demandado. Las partes también tienen el poder de *impulso* del procedimiento; así, durante el juicio, pueden ponerse de acuerdo en suspender los plazos del proceso, pueden delimitar la prueba a producir, ofreciendo una prueba y no otra, etc. Actor y demandado también tienen el poder de *disposición* del proceso; así, el actor o demandante puede desistir *del derecho* a cobrar su crédito contra el deudor, desistimiento que produce la extinción de su derecho, no pudiendo reclamarlo en el futuro; puede igualmente *desistir del proceso*, es decir, que se extingue el proceso aunque no del derecho subjetivo, pudiendo luego iniciar un nuevo proceso contra el deudor; también es posible terminar el proceso de mutuo acuerdo (acuerdo transaccional o conciliatorio), etc.

En cambio, en los llamados procesos *inquisitivos* (como el concursal), el rol del juez adquiere mayor protagonismo y sus poderes se acrecientan (por ejemplo, las pruebas no se limitan a las que los particulares arrimen al proceso; el juez, por propia iniciativa, pueden incorporar otras, etc.). El principio inquisitivo rige en los procesos en que están en juego intereses generales o públicos y, por ello, en principio, son indisponibles.

El proceso concursal, una vez abierto, está regido, principalmente, por el principio inquisitivo. Por ejemplo, el juez puede declarar *inadmisibles* créditos cuya verificación es pedida por su titular, aunque el deudor los haya reconocido o no los haya cuestionado; más aún, el juez puede rechazar esos créditos aunque no hayan sido cuestionados por el resto de los acreedores (durante el periodo de observación de créditos) ni por el síndico (en el informe individual), etc.

Por otro lado, el juez tiene amplias facultades en materia de *impulso* procesal y de iniciativa probatoria. En este sentido, el artículo 274 LCQ dispone que el juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias. A tales fines puede disponer, entre otras cosas: la comparecencia del concursado o quebrado en todos aquellos casos en que omita las informaciones que el juez o el síndico le requieran, incurra en falsedad en las que produzca, o realice actos en perjuicio evidente de los acreedores, pudiendo incluso separarlo de la administración de su patrimonio.

Lo expuesto no obsta a que el proceso concursal tenga rasgos *dispositivos*. Por ejemplo, para la apertura de un proceso concursal, sea preventivo (concurso preventivo), sea liquidativo (quiebra) es menester la iniciativa de parte; así, en principio, el juez no puede declarar *de oficio* la quiebra de un sujeto sin que medie pedido del propio deudor o de un acreedor; tampoco puede abrir el concurso preventivo sin que lo pida el propio deudor. Para acceder al proceso concursal, obtener el reconocimiento de sus acreencias y, en última instancia, cobrar (a través de la propuesta de acuerdo en el concurso

preventivo o, en la quiebra, mediante el proyecto de distribución final una vez liquidados todos los bienes), el acreedor debe pedir la verificación de sus créditos. Si el acreedor no concurre a verificar, ni el juez, ni el síndico, ni el deudor, ni otro acreedor pueden suplir su pasividad y quedará marginado del proceso concursal.

3. *Periodo informativo en el proceso concursal*

- a) Proceso de verificación de créditos «tempestiva» (art. 32 LCQ y concordantes). Concepto. Procedimiento. Fines

Todo acreedor por causa o título *anterior* a la presentación en concurso tiene la *carga* de verificar o insinuarse en el pasivo. Estas expresiones significan que todo acreedor, en su propio interés, debe *denunciar* su acreencia (explicar en qué consiste), acompañar los *títulos* justificativos en que se funda, e indicar la *causa* (cuál fue el contrato o hecho jurídico que dio nacimiento a su crédito). Cuando se dice que la verificación del crédito constituye una *carga* para el acreedor, se afirma que él actúa por propia iniciativa y en su propio interés. Si no lo hace, ningún otro sujeto lo hará por él (ni otro acreedor, ni el síndico, ni el juez de oficio), no tendrá posibilidad de ser tenido por acreedor ante el juez de concurso y, por ende, perderá la *chance* de cobrar su acreencia.

El denominado periodo informativo comprende básicamente dos etapas del proceso concursal (40):

- la de verificación y graduación de créditos, que tiene por objeto determinar cuáles son los acreedores que constituyen el pasivo concursal, por qué monto y con qué privilegio;
- la del denominado informe general, en que el síndico ha de poner en conocimiento de los acreedores y del juez toda una serie de datos relativos al concursado, en orden a la decisión que los acreedores deben tomar de apoyar o rechazar la propuesta de acuerdo preventivo que ofrezca el concursado.

A partir de la derogada Ley 19.551 se estructuró un mecanismo de reconocimiento de los créditos que se denominó *proceso de verificación*. Este proceso consta de una primera y básica etapa que se abre con la presentación que quien reclame la calidad de acreedor debe hacer ante el síndico. La ley atribuye a la petición que el pretenso acreedor formula ante el síndi-

(40) RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Concursal*, 2.ª ed., actualizada, t. 1, Santa Fe, ed. Rubienzal Culzoni, 2003, pág. 373 y sigs.

co los efectos de una demanda judicial. Con esos datos y con alguna dosis de conceptualismo, la doctrina entendió que éste era un proceso judicial especial, dentro de un proceso más general que es el concurso, y cuyas características eran:

- necesario, por cuanto todos los acreedores que quisieran participar del proceso concursal debían recurrir a este proceso de verificación;
- típico, en cuanto desplazaba a los que corresponderían según la naturaleza del crédito de que fuera titular el pretensor;
- contencioso y de conocimiento pleno.

Es preciso señalar que parte de la doctrina criticó la calificación del pedido del acreedor como demanda (41). Y en realidad, la idea misma de que la petición ante el síndico abría un proceso contencioso y de conocimiento pleno era bastante dudosa; téngase en cuenta que en una primera etapa el acreedor presentaba sus títulos al síndico y éste —una vez ejercidas sus facultades de investigación— presentaba el informe individual, que era susceptible de impugnaciones por todos los intervenientes; pero esa impugnación no abría propiamente un incidente en el sentido con que esa expresión es usada por la ley concursal, la resolución del juez era provisoria —al efecto de la junta— y no generaba costas. Más dudosa es todavía la conceptualización como proceso contencioso de conocimiento pleno si se atiende a que en caso de cuestionamiento del crédito, se abre una vía denominada de revisión (art. 38, Ley 19.551; hoy art. 37 LCQ) que tramita por la vía del incidente concursal y constituye realmente un proceso judicial de conocimiento pleno, que termina en una sentencia susceptible de apelación.

(41) V.gr.: Osvaldo MAFFIA, quien señaló diversas razones para negarle carácter de «demanda» al pedido verificatorio. Indicó que el pedido de verificación no es una demanda porque no se presenta en el tribunal ni da origen a proceso alguno, requisitos que deben concurrir para que una pieza judicial merezca ese nombre. El trámite de verificación tiene su inicio en la sentencia de apertura, no con el pedido del acreedor que, por el contrario, presupone esa sentencia y esa apertura: existe una etapa de verificación precisamente porque una sentencia abrió el concurso. Es probable que el error de llamar «proceso» a esa etapa nos impulse a pensar en la demanda que le daría origen; pero ocurre que esa pretendida demanda, a su vez, sería tal porque da origen a un proceso. La otra carencia es todavía más visible, ya que el pedido del acreedor no se presenta en el Juzgado, sino que se presenta al síndico en el domicilio constituido *ad litem*. Más aún: ni siquiera llega ulteriormente al tribunal, ya que el síndico lo conserva en el legajo individual que debe llevar según el artículo 33. La solicitud del acreedor insta el quehacer del síndico, quien practicará las compulsas del artículo 33 y oportunamente presentará el informe del artículo 35. Lo que llega al Juzgado es el informe, no el pedido del acreedor, el cual, insistimos, queda en poder del órgano del concurso. En conclusión, que el pedido de verificación no da inicio al trámite, no se presenta al Juzgado ni le llega ulteriormente, basta para negar a ese escrito el carácter de «demanda» en sentido técnico procesal (*Verificación de créditos*, 4.^a ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, ed. Depalma, 1999, pág. 78 y sigs.).

La Ley 24.522 mantiene la terminología cuestionada, pero ahonda la diferencia entre esa primera etapa que se ventila ante el síndico y concluye con el informe individual y la revisión prevista en el artículo 37 que sí es un proceso de conocimiento pleno.

El juez debe dictar resolución sobre la procedencia y alcance de las solicitudes de verificación de créditos formulados al síndico, dentro de los diez días posteriores a la presentación del informe individual (42).

La resolución que produce efecto de cosa juzgada es la que se adopta de conformidad al informe del síndico, cuando éste ha aconsejado verificar lo que al acreedor pidió y no han mediado observaciones del deudor ni de otros acreedores. Del mismo modo, la resolución del artículo 36 LCQ, que declaró admisible o inadmisible un crédito o privilegio, adquiere efectos de cosa juzgada cuando no se intenta la revisión del artículo 37 dentro del plazo que éste fija, salvo dolo.

En suma, la etapa de verificación de créditos sirve para (43):

- a) Determinar el alcance del pasivo, en la forma más exacta posible, así como su exigibilidad actual.
- b) Brindar legitimación a los acreedores para su participación en el concurso.
- c) Establecer las relaciones de los acreedores entre sí, pues la verificación tiende no solamente a lograr que se declare el derecho del acreedor contra el deudor, sino también su oponibilidad a los demás acreedores, y, desde tal punto de vista, posibilita un control recíproco entre acreedores, habida cuenta de que la admisión de cada crédito y de su graduación tienen incidencia en las expectativas de cobro de los demás.
- d) Apreciar si el procedimiento concursal debe o no proseguir, habida razón de que la inexistencia de acreedores verificados o declarados admisibles constituye causal para decretar su cesación.
- e) En el concurso preventivo, establecer quiénes se encuentran habilitados para prestar la conformidad referida por el artículo 45 LCQ.
- f) Garantizar la *par conditio creditorum*, toda vez que mediante la carga verificatoria es factible conocer los actos que pudieron haber afectado ese principio concursal, y
- g) facilitar al órgano judicial, con competencia funcional, la satisfacción y tutela de los intereses particulares y públicos que concurren en el proceso concursal.

(42) RIVERA, Julio C., *Ibídem...*, pág. 404.

(43) HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, t. 1, Ciudad de Buenos Aires, ed. Ábaco, 2000, pág. 640.

b) Actuación del síndico durante el proceso de verificación tempestiva

Para poder dictaminar sobre la procedencia o no del crédito, el síndico debe realizar todas las compulsas necesarias en los libros y documentos del concursado y, en cuanto corresponda, en los del acreedor. Puede, asimismo, valerse de todos los elementos de juicio o probatorios que estime útiles y, en caso de negativa a suministrarlos, solicitar al juez de la causa las medidas pertinentes (arts. 33 y 200 LCQ).

c) Período de observación de créditos

Durante los diez días posteriores al vencimiento del plazo para pedir verificación, el deudor y los acreedores que se hubiesen presentado pueden concurrir al domicilio del síndico a efectos de revisar los legajos y formular por escrito las impugnaciones y observaciones respecto de las solicitudes formuladas por cualquiera de los acreedores (arts. 34 y 200 LCQ).

Las impugnaciones deben ser redactadas en dos copias y se agregan al legajo correspondiente; el síndico debe entregar al interesado constancia que acredice la recepción, indicando día y hora de la presentación; dentro de las 48 horas del vencimiento del periodo de observaciones, el síndico debe presentar al juzgado un juego de copias de las impugnaciones recibidas.

d) Informe individual del síndico (arts. 35 y 200 LCQ)

Vencido el término para la formulación de observaciones, en el plazo de los veinte días subsiguientes, el síndico debe redactar y presentar al juzgado un informe sobre cada solicitud de verificación. En este informe, el síndico debe dar opinión fundada sobre la procedencia de la verificación del crédito y el privilegio. En otras palabras, el síndico debe expedirse acerca de si el acreedor debe ser tenido por tal en el concurso preventivo (aconseja se admita el crédito), o debe ser excluido del mismo (el síndico entiende que dicho sujeto no es acreedor del concursado por lo que el crédito invocado debe ser declarado inadmisible).

*e) Resolución judicial: créditos declarados *verificados, admisibles e inadmisibles* (arts. 36 y 200, LCQ). Incidente de revisión*

Dentro de los diez días de presentado el informe individual del síndico, el juez debe decidir sobre la procedencia y alcances de las solicitudes de

verificación formuladas por los acreedores. La opinión del síndico, plasmada en el informe individual, no es vinculante para el juez, pudiendo separarse de ella.

El juez puede dictar tres tipos de resoluciones, según que el crédito haya sido observado o no por el deudor, por otro acreedor, o por el mismo síndico, y consecuentemente con ello declarará el crédito verificado, admisible o inadmissible.

El juez declara *verificado* el crédito que no fue observado por el deudor, ni por otro acreedor, ni tuvo dictamen desfavorable del síndico; esa decisión tiene el máximo de efectos favorables para el titular del crédito, ya que: (I) habilita a decidir sobre la propuesta de acuerdo, o sea, este acreedor dice si acepta o no la propuesta que formula el deudor; (II) el crédito integra la base de cálculo de las mayorías a fin de ponderar si se aprobó o no la propuesta de acuerdo dirigida por el deudor a sus acreedores; (III) es irrecuperable (no puede ser revisada a través de un incidente de revisión por otro acreedor o por el deudor, art. 37 LCQ). La resolución judicial que declara «verificado» el crédito tiene autoridad de cosa juzgada material, es decir, en adelante no podrá discutirse lo que el juez resolvió a favor del acreedor. En efecto, para que sea procedente la revisión es necesario que alguien, aunque no necesariamente quien peticiona la revisión, haya observado el crédito insinuado; así por ejemplo, el deudor puede interponer recurso de revisión contra la sentencia que declara admisible el crédito aunque él no haya observado el crédito, si lo hizo otro acreedor.

El juez declara *admissible* el crédito cuando desestima las observaciones realizadas por el deudor u otro acreedor, o por el síndico en el informe individual; la declaración de *admisibilidad* habilita al acreedor a participar en la decisión sobre la propuesta de acuerdo; el crédito admisible integra la base de cálculo de las mayorías a fin de ponderar si se aprobó o no la propuesta de acuerdo dirigida por el deudor a sus acreedores; pero, a diferencia del crédito verificado, es susceptible de incidente de revisión (arts. 37 y 200 LCQ).

La decisión que declara *inadmissible* el crédito acoge las observaciones o el dictamen desfavorable del síndico; su titular no participa en la toma de decisión sobre la propuesta de acuerdo, y tampoco se toma en cuenta para el cálculo de las mayorías, pero puede recurrir la resolución adversa mediante incidente de revisión (arts. 37 y 200 LCQ).

El incidente de revisión (arts. 37 y 200 LCQ) se interpone ante el juez del concurso a fin de que «revea» él mismo la decisión que dictó sobre la procedencia (o no) de la incorporación del crédito del acreedor al proceso concursal; si la revisión prospera, podrá declarar admisible un crédito que había sido declarado inadmissible y viceversa.

4. *La verificación tardía*

La verificación del acreedor puede ser «tardía» (art. 56 LCQ). La verificación tardía es la intentada con posterioridad al vencimiento del plazo fijado en la resolución de apertura del concurso para las verificaciones «tempestivas». A diferencia de la verificación tempestiva (que, según se explicó, se peticiona al síndico, arts. 14, inc. 3.º, 32 y 200 LCQ), la tardía se presenta ante el juez del concurso, quien dicta una sentencia admitiendo o no el crédito en el pasivo del deudor concursado.

La verificación tardía produce los siguientes efectos: (I) Se aplican a estos créditos la propuesta de acuerdo preventivo homologada aunque los acreedores no la votaron; (II) Si fueron incorporados después que el acuerdo comenzó a cumplirse, los acreedores no pueden reclamar de sus coacreedores lo que éstos ya hubieren percibido en virtud del concordato; (III) El juez debe fijar la forma en que se aplicarán los efectos ya producidos.

b) PROCESO CONCURSAL Y GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

Doctrina y jurisprudencia han intentado contestar dos interrogantes:

1. ¿Es necesario que los acreedores con garantía autoejecutable verifiquen su acreencia en el concurso?
2. Dado que cuentan con una garantía de ejecución «privada», ¿cómo cobran?

Pasaremos revista a las opiniones doctrinales y a los precedentes jurisprudenciales que abordaron esa temática. Esta revisión nos permitirá comprender la mecánica del funcionamiento de las autoejecutables en el proceso concursal, en qué medida se tutela el derecho de defensa y de propiedad del cesante en sus pagos, y hasta dónde se protege igual derecho de los acreedores.

A tal efecto, analizaremos —a la luz de esa doctrina y jurisprudencia— cómo juegan los artículos 23, 32, 200 y 210 de la Ley 24.522.

1. *Opinión de la Doctrina*

• Julio César Rivera (44)

Al tratar las *ejecuciones por remate no judicial*, Rivera recuerda que algunos acreedores tienen derecho a rematar extrajudicialmente los bienes

(44) *Instituciones de Derecho Concursal*, 2.ª ed. actualizada, t. 1, Santa Fe, ed. Ruienzal Culzoni, 2003, pág. 373 y sigs. «La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente», en revista argentina *El Derecho*, 173-448.

afectados a ciertas garantías; por ejemplo, el Banco Hipotecario Nacional, los bancos cuando actúan como acreedores en la prenda con registro, los almacenes fiscales y titulares de *warrant*. Quedan comprendidos en esta categoría los acreedores titulares de garantías autoliquidables (fideicomiso de garantía, cesión de crédito en garantía o prenda de créditos, etc.).

El artículo 23 LCQ impone al acreedor dos deberes:

- rendir cuentas acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos, dentro de los veinte días de haberse realizado el remate, y depositar el saldo, si lo hubiere, en el término que el juez fije;
- si el remate es posterior al comienzo de la publicación de edictos, hacer saber en el proceso concursal la fecha, lugar, día y hora fijados para el remate, y el bien a rematar, acompañando, además, el título de su crédito.

El incumplimiento de la primera obligación se sanciona con una multa a favor del concurso del 1 por 100 del monto del crédito por cada día de retardo posterior a la intimación judicial. El incumplimiento de la segunda obligación es mucho más grave: causa la nulidad del remate.

En razón de lo dispuesto en el artículo 587 del Código de Comercio argentino, el acreedor prendario de un título de crédito de tercero puede percibir el crédito sin pedir verificación, pues estamos en presencia de una garantía autoliquidable, sin perjuicio de rendir cuentas en los términos del artículo 23 de la Ley 24.522.

- Héctor Cámara (45)

Al referirse a los créditos que escapan al proceso verificadorio, el recordado maestro cordobés trata la situación de los *créditos de pronto pago, créditos laborales y créditos con garantías reales*.

Específicamente con relación a estos últimos, afirma que la Ley 19.551 equiparó la situación del acreedor hipotecario y la del acreedor asegurado mediante prenda con registro (46); quienes garantizaron su crédito con gravamen real escapan al trámite largo y penoso del proceso universal.

(45) *El concurso preventivo y la quiebra*, vol. I, Buenos Aires, ed. Depalma, 1978, pág. 577 y sigs.

(46) El artículo 130 habla de acreedores prendarios o hipotecarios, pero el artículo 203 sólo alude dentro de los primeros a los «acreedores garantizados con prenda con registro». Excluye a los acreedores prendarios con desplazamiento civil (art. 3.204 del Código Civil argentino) y comercial (art. 580 del Código de Comercio argentino). También la «prenda cambiaria», según se desprende del artículo 587, pudiendo el endoso llevar la cláusula «valor en prenda», «valor en garantía» o cualquier otra que implique una

El artículo 130, después de expresar «sin perjuicio del cumplimiento oportuno de esa carga» (o sea, peticionar la verificación de créditos) (47) dispone que «los acreedores hipotecarios o prendarios pueden reclamar en cualquier tiempo mediante la realización de la cosa sobre la que recae el privilegio, previa comprobación de sus títulos en la forma indicada por el artículo 203 y fianza de acreedor de mejor derecho».

De manera que los créditos con garantía real pueden eludir la verificación de créditos de los artículos 33 y siguientes en la quiebra, recurriendo al procedimiento más acelerado del artículo 203 LCQ, que deroga implícitamente el artículo 28 del Decreto-ley, número 15.348/46, de prenda con registro de la Argentina.

El texto referido autoriza a los acreedores garantizados con hipoteca o prenda con registro para requerir la venta a que se refiere el artículo 130, segunda parte, mediante la petición en el concurso, que se tramita por expediente separado; esto es, el concurso especial, como se intitula el dispositivo legal, ante el tribunal de ejecución colectiva. El trámite es muy simple; con vista al síndico, el magistrado decide sobre la existencia del crédito y del privilegio pretendidos, y ordena la subasta de los bienes objeto de la garantía (art. 203, 2.^a parte).

Liquidados los bienes y aprobada la subasta —aunque la ley guarda silencio— se procede a distribuir el producto, con arreglo a las prioridades: gastos de justicia, gastos de conservación, impuestos, etc.

El procedimiento del artículo 203 LCQ debe seguirse aunque al constituir la garantía se renunció a todo trámite, no sólo por el carácter publicístico de este juicio —v.gr., art. 23—, sino también porque el artículo 1.197 del Código Civil —las convenciones entre las partes obligan como la ley misma— no puede prevalecer frente al texto prohibitivo del artículo 21 del mismo Código, ya que importaría dejar sin efecto la disposición del artículo 18 de la Constitución Nacional.

El jurista cordobés se preguntó: la demanda del acreedor prendario o hipotecario de verificación de crédito en el concurso, ¿importa renunciar al beneficio del concurso especial? Contestó que la intención de renunciar no se presume, y que la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (art. 874 del Código Civil argentino). Así, a los efectos de impedir la subasta en la ejecución colectiva el acreedor hipotecario o

caución (art. 20 del Decreto-ley núm. 5965/63 de la República Argentina). Atento al carácter excepcional del concurso especial, éste quedaba reducido a los créditos hipotecarios o de prenda con registro.

(47) Al respecto afirmaba el jurista que glosamos que el texto no era muy claro, dando la impresión que después de promovido el concurso especial, el acreedor con garantía real debe requerir la verificación del crédito. Que ello carecía de sentido, pues si percibió el importe dejó de ser acreedor. Por tanto, debía entenderse que aludía al supuesto que este acreedor no usó del concurso especial.

prendario promoverá concurso especial: su conducta negligente no puede obstruir aquélla.

Finalmente, CÁMARA incluía entre otros acreedores liberados de la carga procesal de verificar a los facultados para proceder a la subasta extrajudicial (art. 24 LCQ); es decir, los bancos oficiales o mixtos a quienes se acuerda la franquicia de disponer del remate de bienes prendados o hipotecados sin intervención judicial. Ellos son los mercados de valores, de cereales a término y ganadero, y los bancos, entidades financieras y personas que otorgan créditos con caución de títulos, acciones y obligaciones. La legitimidad de estos créditos y su monto es reconocida por el tribunal por vía de rendición de cuentas, según el artículo 24 LCQ, acompañando los títulos y comprobantes respectivos, dentro de veinte días de haberse realizado el remate, que se tramita por incidente, con intervención del concursado y del síndico.

- Francisco Junyent Bas y Carlos Molina Sandoval (48)

Para estos autores, la verificación de créditos es un proceso «necesario», ya que todos aquellos que pretendan participar del proceso concursal deben acudir a esta vía procesal. El hecho de que existan excepciones no le quitan tal carácter.

Sin embargo, no deben peticionar la ordinaria verificación del crédito los siguientes acreedores:

- a) créditos de pronto pago (art. 16 LCQ);
- b) prosecución de juicios de conocimiento en el concurso preventivo (art. 21, inc. 1.º, LCQ);
- c) créditos con garantía real con derecho a remate no judicial (art. 23 LCQ);
- d) acreedores por causa de expropiación y familia (art. 21, inc. 2.º, LCQ);
- e) gastos de conservación y de justicia (art. 240 LCQ);
- f) contratos con prestaciones pendientes (art. 20 LCQ).

De esta manera, ciertos acreedores están facultados por ley argentina para ejecutar, mediante remate no judicial, los bienes del concursado o de los socios con responsabilidad ilimitada. Se trata de instituciones como:

1. Banco Hipotecario Nacional (art. 45, Ley 22.232, ref. por Ley 24.143).

(48) *Ley de concursos y quiebras. Comentada*, t. 1, Ciudad de Buenos Aires, ed. Lexis Nexis, Depalma, 2003, pág. 168 y sigs., y pág. 196 y sigs.

2. Banco Hipotecario, S. A. (art. 15, Ley 24.855, según lo previsto en la Ley 23.696).
3. Administración Nacional de Aduanas (arts. 1.124, 419 a 428 del Código Aduanero, Ley 22.415).
4. Caja Nacional de Ahorro y Seguro (art. 30, Ley 21.629).
5. Bancos oficiales (Ley 15.283), v.gr., Banco de la Provincia de Buenos Aires.
6. Personas jurídicas mencionadas en el artículo 39, Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 y modificado por 6810/63, en el caso de prenda con registro.
7. Los almacenes fiscales y titulares de *warrants* (arts. 17 y 18, Ley 9643).
8. Acreedores hipotecarios y portadores de letras hipotecarias o de sus cupones (arts. 45, 52, 57, Ley 24.441).

Básicamente, se establece una serie de obligaciones dependiendo de dos tiempos procesales divididos por la primera publicación de edictos en el concurso (arts. 27 y 28 LCQ). Ellos son:

1. Si la publicación de avisos de remates extrajudicial *fue anterior* a la publicación edictal, se aplica sólo el artículo 23, 1.^{er} párrafo LCQ (y por supuesto, el art. 23, 3.^{er} párrafo LCQ). El acreedor sólo rinde cuentas del remate bajo pena de perder a favor del concurso, el 1 por 100 del monto de su crédito, por cada día de retardo, si ha mediado intimación judicial anterior.
2. Si dicha publicación de avisos extrajudiciales *fue posterior* a la publicación del artículo 27 LCQ, se exige, además, la comunicación de las condiciones del remate y el acompañamiento del título bajo pena de nulidad.

Finalmente, los autores explican que la rendición de cuentas consiste en presentar en el proceso concursal —no obstante el art. 74 del Código de Comercio argentino— la descripción gráfica de las operaciones efectuadas (subasta extrajudicial del bien), acompañada de las informaciones aclaratorias y necesarias y de los respectivos comprobantes.

• Rodolfo Rouillón (49)

Cuando el jurista rosarino analiza el artículo 23 LCQ, sostiene que se refiere a los acreedores provistos con cualquier clase de garantía real que, por

(49) *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 13.^a ed. actualizada y ampliada, ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, pág. 92 y cctes.

disposición de las respectivas leyes que regulan esos créditos o garantías, pueden ejecutar el bien gravado sin necesidad de previo juicio.

Así, por ejemplo, el acreedor prendario por prenda comercial común, no registrable, conforme al artículo 585 del Código de Comercio argentino. Entre otros supuestos que sin requerir un juicio, exige algún tipo de actividad jurisdiccional, pueden citarse, a título de ejemplo, el artículo 39 de la ley de prenda registral, que establece la necesidad de orden judicial para obtener el secuestro, y el régimen especial de ejecución de hipotecas cuando se han emitido letras hipotecarias, previsto en el artículo 52 y siguientes de la Ley 24.441.

- Pablo Heredia (50)

Heredia recuerda que el artículo 32 LCQ refiere que «todos» los acreedores por causa o título anterior a la presentación del deudor y sus garantes están compelidos a formular su pedido de verificación.

La expresión «todos» es por demás explícita, terminante, y no permite hacer ningún distingo. Absolutamente todos deben someterse al proceso de verificación, atento el principio de la universalidad del proceso concursal.

Están comprendidos no sólo los acreedores quirografarios, sino también los privilegiados, como medio principal de garantizar el principio de la *par conditio creditorum*.

De esa determinación de la ley se deduce que, en principio, las excepciones a la carga deben ser expresas y de interpretación restrictiva.

Como situaciones especiales cabe destacar, entre otras, las siguientes:

- a) *Créditos con garantías reales (hipoteca o prenda)*

Los créditos con garantía hipotecaria o prendaria no escapan a la carga de verificar. La presentación del pedido de verificación es presupuesto para iniciar o continuar la ejecución respectiva, la que sólo en esas condiciones no resulta suspendida en su trámite (art. 21 LCQ) (51).

- b) *Acreedores con garantía real y derecho a remate no judicial*

Estos acreedores, contemplados en el artículo 23 LCQ, se encuentran excluidos de la carga de verificar. En su caso, la rendición de cuentas que ordena

(50) *Tratado exegético de Derecho Concursal*, t. 1, Ciudad de Buenos Aires, ed. Ábaco, 2000, pág. 640.

(51) Obviamente esta era la opinión del autor antes de la reforma de la Ley 26.086.

el artículo 23 LCQ, acompañando los títulos del crédito y los comprobantes respectivos, implica una suerte de verificación. En el artículo 23 LCQ, se encuentra perfilado, pues, un proceso de verificación de características propias.

c) *Situación de los garantes*

Los garantes mencionados en el artículo 32 son los fiadores, avalistas o terceros que hubieran prestado una garantía prendaria o hipotecaria a favor del contratante que resultó acreedor del concursado, o más genéricamente, que hubieran prestado una garantía personal o real en seguridad de una obligación del concursado. Queda comprendido, además, el caso del tercero que se obligó al pago de una cláusula penal a favor del deudor, hipótesis que se rige subsidiariamente por las normas de la fianza.

Tales garantes deben presentar su pedido de verificación del crédito aunque no hayan pagado la obligación del concursado, porque eventualmente estarán constreñidos a hacerlo.

• Antonio Tonón

Los acreedores que tienen una garantía real con derecho a remate no judicial sólo deben rendir cuentas luego de realizado el remate (acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos) y depositar el saldo —si lo hubiere— en el término que el juez fije. Asimismo, si el remate es posterior al comienzo de la publicación de edictos, deben hacer saber en el proceso concursal la fecha, lugar, día y hora fijado para el remate, acompañando además el título del crédito. Es decir, no tienen la carga de verificar. Si ésta es la solución, estos acreedores estarían en mejor condición que los acreedores con garantías reales quienes, previo a promover o continuar la ejecución, deben por lo menos haber insinuado sus créditos a la sindicatura (52).

• Alicia Puerta de Chacón (53)

Para esta autora, aún con garantía autoliquidable, los acreedores deben verificar; se funda en que la existencia de vicios en la tramitación extrajudi-

(52) TONÓN, Antonio, *Concursos*, t. 1, ed. Depalma, 1988, págs. 243-247.

(53) PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *El remate no judicial. ¿Un permiso legal para eludir el concurso?* Comentario al fallo 205, CS, 6-5-97; «Cía. Fin. Luján Williams, S. A. C/ González, Jorge, s/acc. priv. prendaria», en *Revista argentina Voces Jurídicas - La Ley*, Gran Cuyo, to. 4/1997/septiembre, pág. 65.

cial determinaría la necesidad de ingresar a la masa los fondos percibidos con sus accesorios legales; esta situación podría evitarse con el debido contralor de legitimidad por parte del juez en el trámite verificadorio, desde que el procedimiento de verificación es un filtro que procura impedir el *concilium fraudis* en perjuicio de los derechos de los demás acreedores.

• Ricardo Nissen (54)

En su opinión, la conducta de un acreedor con garantía autoliquidable (como es el acreedor prendario de un título de crédito de tercero) que pretende eludir el proceso de verificación de créditos y percibir directamente acreencias, está reñida con normas de evidente orden público, pues el sometimiento de todos los acreedores al reconocimiento judicial de sus créditos constituye el modo principal para garantizar las *pars conditio creditorum*, es decir, el trato igualitario de los acreedores en iguales circunstancias.

En resumen, el acreedor puede percibir el crédito, pero con antelación debe solicitar la verificación de la acreencia (art. 32 de la Ley 24.522) como paso previo a la venta de la cosa (art. 23 de la Ley 24.522); asimismo, posteriormente deberá presentar a la sindicatura la liquidación de la operación y entregar el excedente si lo hubiere; de lo contrario, el acreedor se estaría apropiando de la cosa dada en prenda, derecho expresamente prohibido por la ley, sin salvedad de ninguna especie en virtud del artículo 3.222 del Código Civil argentino.

• Miguel Rubín (55)

Este autor recuerda que los acreedores prendarios no están eximidos de verificar sus créditos, en tanto forman parte de «todos los acreedores» mencionados en el artículo 32 de la ley de concursos y quiebras.

Los beneficiarios de cesiones de créditos en garantía tampoco están autorizados por la ley a procurarse la satisfacción de sus acreencias por la vía del artículo 23 de la ley de concursos y quiebras, vía que es de corte excepcional y, por ende, no susceptible de interpretación analógica.

Además, y este no es un tema menor, el deber de explicarse ante los coacreedores concursales no se restringe a la demostración de la legitimidad de la cesión del crédito dado en garantía. La prenda, como toda garantía, es

(54) «Prenda de documentos y facultades del banco frente al concurso preventivo de la deudora prendaria», revista argentina *La Ley*, 1995-C-203.

(55) «El banco acreedor frente a la cuenta corriente de su deudor en concurso», Suplemento de concursos y quiebras, en Revista argentina *La Ley*, marzo de 2003, pág. 37.

accesoria, depende de una acreencia que es, primordialmente, lo que debe justificarse. En efecto, es sabido que las garantías constituyen negocios accesorios. Por lo tanto, la verificación del crédito garantizado depende de la acreditación de la legalidad y la extensión del negocio principal al que accede. Si un crédito es nulo o inexistente, la garantía de que está dotado resulta ineficaz. Luego, para que se pueda admitir el ingreso al pasivo concursal de un crédito respaldado por prenda, además de demostrar el cumplimiento de las disposiciones de los artículos 580 y siguientes del Código de Comercio, también hay que acreditar la existencia de la operación crediticia a la que sirve.

2. *Posición de la Jurisprudencia*

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de resolver cuestiones vinculadas al proceso concursal y a las garantías autoejecutables. Particularmente, ha abordado el tema referido a la carga de verificar.

- Autos «Dinar Líneas Aéreas, S. A., s/conc. prev.» (56)

Dinar Líneas Aéreas, S. A. solicitó su concurso preventivo. Antes de que se dictara la sentencia de apertura del proceso peticionó, como medida cautelar, que se ordenara al Banco de la Nación Argentina —acreedor, fiduciario y beneficiario— que se abstuviera de retener los fondos provenientes de su recaudación por la venta de pasajes mediante tarjetas de créditos y en agencia de viajes, a efectivizarse mediante el clearing BSP. En concreto, pidió al juez concursal que *prohibiese* al «pretensio» acreedor garantizado con un fideicomiso de garantía que «autoliquidé» la garantía. Invocó la *pars conditio creditorum* y la improcedencia de las vías directas y de ejecución de garantías frente a la carga establecida por el artículo 32 LCQ. Este principio resultaría violado, dijo, si el banco acreedor autoejecutara la garantía sin haber insinuado aún su crédito en el concurso del fiduciante deudor (Dinar, S. A.).

Cabe destacar que la recaudación retenida integraba el patrimonio fideicomitido de un fideicomiso de garantía constituido para garantizar el pago de un préstamo otorgado por la entidad financiera. El contrato fiduciario preveía que, en caso de mora, el Banco de la Nación Argentina quedaba —justamente— facultado a retener los fondos referenciados.

Antes de disponer la apertura o rechazo del concurso preventivo, el juez de la causa dictó una medida precautoria y ordenó al banco que, por el

(56) Quiebras, Concursos y Sociedades, 2.^a Nom., Salta, 9-8-2002, «Dinar Líneas Aéreas, S. A., s/conc. prev.», en Revista argentina *La Ley*, 2003-D-19.

término de treinta días, se abstuviese de retener los fondos provenientes de su recaudación, pues mediaba suficiente peligro en la demora atendiendo a la incidencia que la recaudación tenía en el desarrollo de la actividad comercial de la deudora. Argumentó que en virtud del principio de conservación de la empresa en crisis, la ejecución del fideicomiso y la retención de los fondos podían tener una notable incidencia en el desarrollo de la actividad atento al precario estado en que se encuentra la prestación del servicio aeronáutico.

- Autos núm. 37.109 «AMSA y Fideicomiso Mendoza en J.º 36.025, p/conc. prev. p/cuestiones conexas» (57)

La concursada solicitó que se declarara la inaplicabilidad o inoponibilidad al concurso de una cesión de créditos en garantía. Peticionó que, como medida urgente, se ordenase la inmediata entrega de los fondos de terceros pertenecientes a los asociados de AMSA a la mutual cesante en sus pagos para afrontar los compromisos que motivaron dichos descuentos. Relató y argumentó:

- Que celebró con el Banco Mendoza, S. A. (cuyo sucesor es el Fideicomiso Mendoza) una cesión en garantía de los créditos, derechos y acciones que tiene a percibir del Gobierno de la Provincia de Mendoza, que corresponden a retenciones que efectúa la Administración Central por intermedio de la Tesorería General de la Provincia, sobre los sueldos del personal policial perteneciente a AMSA por concepto de cuotas sociales y por el término de 84 meses. En dicho instrumento se otorgaba mandato al acreedor para gestionar el pago de los créditos cedidos.
- Que el acreedor había hecho uso y abuso del mandato conferido en la escritura de cesión, arrogándose el cobro de todos los fondos que se liquidan a su mandante en la Tesorería General de la Provincia y no sólo los oportunamente cedidos.
- Que el descuento por códigos de servicios prestados por terceros a los asociados de AMSA constituía una de las principales actividades de la Mutual y en caso de verse bloqueados los fondos que nunca fueron cedidos, se estaría sometiendo a un perjuicio irreparable a la concursada, sus asociados y a terceros.
- Que de mantenerse dicho sistema se estaría beneficiando indebidamente a quién todavía no ha sido reconocido como acreedor, pues el

(57) 1.^{er} Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Primera Circunscripción Judicial de la Ciudad de Mendoza, 18-2-2, a cargo del juez Héctor Fragapane, publicado en BORETTO, Mauricio, *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, Buenos Aires, ed. Ad-Hoc, 2005.

artículo 21, inciso 2 LCQ, dispone que no podrán iniciarse o continuarse las ejecuciones hasta tanto se haya presentado el pedido de verificación respectivo. Más que una garantía adicional a las pactadas, ha devenido en una forma de pago. De consagrarse la solución pro-pugnada por el Fideicomiso Mendoza, los procesos concursales no tendrían sentido. El acreedor que presione más o llegue primero se vería beneficiado con una cesión supuestamente *in bonis* de todos los ingresos futuros de la posterior concursada.

El Banco Regional de Cuyo, en su carácter de fiduciario del Fideicomiso Mendoza, se opuso a lo pretendido por la deudora; invocó que los derechos y acciones fueron trasmisidos en propiedad fiduciaria a su favor; que se trata de una garantía autoliquidable y constituye una prenda común, comercial o con desplazamiento, transmitiéndole al acreedor las facultades de cobrar extrajudicialmente los créditos cedidos y aplicar los fondos a la cancelación de deuda, conservarlos y ejecutarlos, sin perjuicio de la obligación del acreedor de rendir cuentas detalladas y documentadas en el concurso, conforme lo dispuesto por el artículo 23 LCQ.

La sindicatura opinó que la cesión era sólo una forma en que la concursada debía abonar el mutuo; que de ninguna manera se constituyó una prenda común o comercial con desplazamiento —derecho real específico— sobre esos ingresos futuros, por lo que la continuidad de este medio de pago constituye un beneficio especial o privilegio frente a otros acreedores. No habiéndose contratado una prenda con desplazamiento, el fideicomiso no tiene privilegio y, por lo tanto, está en la misma situación que otros acreedores y merece igual tratamiento en lo relativo a la cesión de créditos.

En definitiva, el Tribunal debió resolver si el acreedor podía continuar descontando a los asociados de la concursada los importes necesarios para aplicarlos al pago de la deuda mantenida con la deudora, o bien, debía restituirlos.

El Magistrado llegó a una primera conclusión: la cesión en garantía no resulta violatoria del principio de la *par conditio creditorum* receptorado por el artículo 16 LCQ, pues la cesión de créditos (códigos de descuento) en garantía atacada por la concursada fue celebrada con anterioridad a la presentación concursal y lo que la ley prohíbe es que con posterioridad a la presentación en concurso el deudor realice actos que modifiquen el *status* de los acreedores preconcursales.

Luego se pregunta: ¿Corresponde que el Fideicomiso Mendoza concorra a la sede concursal a verificar su crédito o puede, como manifiesta en su presentación, ejecutar extrajudicialmente la garantía a la que califica como «autoliquidable», cobrar su acreencia y presentarse a rendir cuentas en los términos del artículo 23 LCQ?

Según el juzgado, la solución del artículo 23 LCQ no resulta aplicable, pues el procedimiento de rendición de cuentas que regula dicha norma es de aplicación sólo para aquellos acreedores titulares de créditos con garantía real que tengan derecho a ejecutar mediante remate no judicial.

Consecuentemente, entiende que la resolución del caso debe ser que el pretenso acreedor se presente en el concurso preventivo a insinuar su acreencia, pues ello se enmarca en la obligación genérica establecida por el artículo 32 LCQ. De no ser así, existiría un acreedor de causa o título anterior a la presentación en concurso que estaría percibiendo su crédito sin pasar siquiera por el tamiz jurisdiccional, lo que no puede admitirse a la luz de los principios concursales.

Sin embargo, como el acreedor no debe tener coartada la facultad de gestionar el cobro de su acreencia, se impone conciliar ambos aspectos.

En aras de esa conciliación, resuelve que el mismo Banco continúe haciendo las percepciones e impute las sumas resultantes en una cuenta bancaria a la orden del Juzgado hasta el momento en que el Tribunal dicte pronunciamiento verificadorio; a ese fin, comunicó a la Tesorería General de la Provincia que en lo sucesivo deposite a la orden del Tribunal las sumas provenientes de los descuentos de los códigos, que corresponden a retenciones que efectúa la Administración Central sobre los sueldos del personal policial perteneciente a AMSA por concepto de cuotas sociales, y hasta tanto recaiga en autos pronunciamiento verificadorio en relación a la acreencia del Fideicomiso Mendoza.

- «Foxman Fueguina, S. A., s/concurso preventivo, s/incidente de restitución de fondos» (58)

El Banco Credit Lyonnais Argentina, S. A., apeló la decisión por la cual se dispuso transferir, a la orden del juez del concurso, el importe percibido de ciertas facturas que le habían sido entregadas por la concursada en garantía de diversas operaciones.

La recurrente argumentó del siguiente modo:

- a) La cesión de créditos en garantía es encuadrable como prenda comercial.
- b) Tal garantía la habilitó a cobrar extrajudicialmente las facturas entregadas y a aplicar los fondos a la cancelación de la deuda sin tener que verificar el crédito, que ya no existía a la fecha de abrirse el concurso y publicarse los edictos.

(58) Cámara Nacional Comercio, sala E, 4-4-1997, en Revista argentina *El Derecho*, 173-445.

- c) La resolución atacada llevaría a una situación absurda y originaría un inútil dispendio jurisdiccional, dado que le impondría recurrir a la insinuación del crédito en el pasivo para, una vez admitido, volver a percibir los fondos.

La concursada y la sindicatura propiciaron la confirmación del fallo.

La Cámara de Apelaciones acogió el recurso. Recordó precedentes suyos en los que encuadró un contrato similar como prenda común sobre créditos emergentes de facturas (59) y que la cesión de un crédito —sin contraprestación por esa cesión— en garantía de otra operación constituye, en definitiva, una prenda (60). Para este caso argumentó del siguiente modo:

- Las cesiones de derechos en garantía celebradas por la concursada y el recurrente tuvieron lugar *antes* de la presentación en concurso de Foxman Fueguina, S. A.
- Una parte de los cobros de las facturas cedidas se produjo con *anterioridad* a la solicitud de formulación de concurso y, el resto, acaeció de modo previo a la apertura.
- En las condiciones descritas, no corresponde someter al recurrente al procedimiento de verificación de créditos previsto por el régimen concursal, pues sencillamente, a la fecha de la resolución de apertura, el crédito ya se había extinguido.
- Consecuentemente, la cesión de créditos y la posterior percepción de las sumas correspondientes no pueden considerarse actos prohibidos en los términos del artículo 17 de la Ley 19.551 —por entonces vigentes— pues las conductas allí reprochadas, además de referirse al concursado, requieren como presupuesto que las mismas se verifiquen cuando el concurso se encuentra abierto (vid. título de la sección II: «Efectos de la apertura»).

- Autos núm. 8093, caratulados «Artes Gráficas Melfa, S. A., p/conc. prev. (61)

A través de una operación fiduciaria de garantía, los accionistas de la sociedad anónima concursada cedieron la totalidad de sus acciones confor-

(59) «Tutelar Compañía Financiera, S. A., c. Lido Plast, S. A., y otros, s. Ordinario», del 21 de octubre de 1994.

(60) «Flor de Lis, S. A.», del 14 de junio de 1990.

(61) Originarios del 3.^{er} Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza, Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza; ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

mando con ellas un fideicomiso de garantía para afianzar el pago de los créditos surgidos de una cuenta comitente. Esa cuenta fue abierta por un agente de bolsa a solicitud de una sociedad anónima (comitente) con límite de saldo deudor de hasta cien mil pesos con el fin de operar con cheques de pago diferido. En dicha cuenta se asentarían los importes de las distintas operaciones que la comitente realice, sus saldos activos y pasivos, como igualmente las remesas o pagos que efectúe, así como los restantes débitos originados en las distintas operaciones que se celebren entre las partes. El saldo resultante al momento de la ejecución por liquidación de la cuenta quedaba garantizado con un fideicomiso de acciones de propiedad de los dos socios (fiduciarios) de la sociedad anónima (comitente) en virtud del cual se habían transferido los títulos respectivos a un notario (fiduciario), constituyéndose el fideicomiso de marras a favor del agente de bolsa (agente y beneficiario). El fiduciario debía mantener en su poder el paquete accionario, reintegrándolo a los fiduciarios cuando la entidad deudora (sociedad anónima comitente) cumpliera con abonar el saldo deudor de la cuenta comitente. Caso contrario, el paquete accionario debía ser transferido automáticamente en propiedad al beneficiario (agente de bolsa y fideicomisario), en concepto de cancelación de saldo insoluto.

La sociedad comitente se presenta en concurso preventivo, y el beneficiario se presenta a verificar su acreencia en virtud del saldo deudor existente en la cuenta comitente abierta respecto de dicho ente social.

El Tribunal detectó una serie de defectos en la constitución de la figura fiduciaria en análisis y llegó a la conclusión que no existió verdaderamente un fideicomiso de garantía sino una caución de acciones en garantía de pago (62). A mayor abundamiento, afirmó que de haber existido un fideicomiso de garantía de acciones no se entendía la razón por la cual el beneficiario

(62) En efecto, el 3.^{er} Juzgado de Proc. Concursales sostuvo: «Del propio texto del contrato surge que, maguer la entrega de la totalidad de las acciones al fiduciario y la respectiva anotación en el libro de registro de accionistas, se preveía en el propio acuerdo (cláusula 6.^a) que los dos accionistas no debían incrementar el capital o incorporar nuevos accionistas. ¿Cómo hacer tal cosa si las acciones las ostenta el fiduciario? Es claro que las partes signatarias del contrato desconocían las consecuencias de un fideicomiso. La transmisión fiduciaria de las acciones hubiera importado, sin cortapisas, la transmisión de la propiedad de esas acciones. La fiduciariedad de esa transmisión no empece a su efectividad como modo transmisor del dominio. En otras palabras, si el fiduciario hubiera recibido el dominio de las acciones se hubiera quedado, en definitiva, con la empresa. Los actos posteriores de las partes son concluyentes para descartar la existencia del fideicomiso y, como dice nuestro vetusto pero vigente Código Comercial, "...la mejor explicación de la intención de las partes..." en el texto del artículo 218, inciso 4.^o Es así que el matrimonio Melfa (los dos socios —fiduciarios— de la sociedad) tomó la decisión de presentar a la empresa en concurso sin que a la fecha tengamos conocimiento de algún planteo de nulidad se asamblea en los términos del artículo 251 de la Ley Argentina de Sociedades Comerciales. No cabe duda, de otro lado, que los Melfa continúan administrando su empresa sin injerencia alguna, hasta lo que sabemos, del fiduciario...».

rio de ese negocio venía a pretender verificar su crédito por ante el proceso concursal (es decir, el de la sociedad deudora). Si dicho negocio fiduciario hubiera existido, el reclamo debió enderezarse contra el fiduciario, quien se encontraba obligado a desinteresarlo en virtud del *pactum fiduciae*.

- Autos núm. 3323, caratulados «Lumaco, S.R.L., p/concurso» (63)

En el año 1996, el Banco Hipotecario Nacional celebró con una empresa constructora un convenio de financiación de proyecto constructivo por el cual se obligaba a otorgar un préstamo en dólares estadounidenses a efectivizar en desembolsos periódicos, conforme al avance de la obra, con destino a la construcción de un barrio de 420 viviendas a realizar en el inmueble de propiedad de la mutuaria en un plazo de obra de sesenta meses. La empresa constructora se obligaba a restituir el préstamo en doce cuotas, cuyos vencimientos operaban en cinco meses, el último de ellos coincidente con la fecha prevista para la finalización de la obra. Se previó la cancelación anticipada mediante la preventa y escrituración de unidades. Además, la constructora se obligó a transferir al banco, con carácter irrevocable, el dominio fiduciario del inmueble donde se asentaría la obra y demás derechos según el contrato de fideicomiso que se obligaba a otorgar. De esta manera, se constituyó como garantía un fideicomiso sobre la totalidad de los bienes que constituyan el proyecto: el inmueble, los derechos sobre el proyecto constructivo, las construcciones, equipos e instalaciones incorporados al inmueble y el dinero otorgado por el banco para ser aplicado a la obra. El banco era fiduciario y beneficiario y la empresa constructora fiduciante, beneficiaria de los bienes fideicomitidos remanentes y fideicomisaria.

En curso de ejecución del contrato, la fiduciante solicitó su concurso preventivo. El banco acreedor solicitó la verificación de su crédito por las cuotas impagadas hasta ese momento (por las cuotas posteriores a la apertura del concurso solicitó el cumplimiento en el concurso) e invocó privilegio general sobre los bienes fideicomitidos.

La concursada solicitó el rechazo del crédito; argumentó que la deuda no correspondía a su patrimonio y, por ello, el banco no era acreedor concursal.

El síndico opinó que la empresa constructora era deudora (por la responsabilidad patrimonial general y no sobre los bienes fideicomitidos), que el crédito era eventual (dado que el verdadero fin del convenio era el desenvolvimiento de la operatoria, en virtud de la cual la constructora sólo asumía la obligación

(63) Originarios del 3.^{er} Juzgado de Procesos Concursales y Registros de la 1.^a Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza; ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

de garantizar el supuesto incierto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos. Si la operatoria se desenvolvía normalmente, el acreedor no pretendería cobrar a la constructora, pues habría ido cobrando a través de la venta de las unidades y titulización; por el contrario, si los fondos resultaran insuficientes, entonces respondería la constructora conforme al convenio) y el monto verificable el vigente al tiempo de la insinuación, sin perjuicio de los ajustes devenidos en el futuro. En cuanto a la naturaleza del crédito, lo calificó como quirografario, dado que el privilegio invocado pesaba sobre el patrimonio fideicomitido del propio banco, y no sobre el patrimonio de la concursada.

El juez receptó la posición del síndico.

- Autos núm. 66781, caratulados «Nazar y Cía., S. A. en J.º 25.583 (32.618) Sociedad Militar Seguros de Vida Institución Mutualista en J.º 22.097, Nazar y Cía., S. A., p/conc. prev., p/rec. rev., s/inc. cas.» y su acumulada núm. 66883, caratulada «Sínd. conc. Nazar y Cía., en J.º 25.583, Sociedad Militar Seguros de Vida Institución Mutualista en J.º 22.907, Nazar y Cía., S. A., p/conc. prev., p/rec. rev. s/c. cas.» —D-3—, caso Nazar y Cía., S. A. (64)

Entre los años 1990 y 1992, Nazar y Cía. celebró varios contratos de mutuos con la Sociedad Militar Seguros de Vida Institución Mutual (SMSVIM) con garantía prendaria sobre certificados contra la Dirección Provincial de Vialidad de la Provincia de La Rioja, los que al ser cobrados eran depositados a plazo fijo a nombre de la acreedora.

Cada convenio era celebrado como novatorio del anterior y se constituyeron sucesivas prendas sobre los certificados de depósitos. Finalmente, SMSVIM depositó en una caja de ahorro en la financiera Corpprend, S. A., una suma equivalente a la totalidad de los certificados a plazo fijo que tenía a su nombre y que habían sido objeto de las garantías. Poco después Corpprend, S. A. solicitó su liquidación y Nazar y Cía., pidió su concurso preventivo.

SMSVIM se presentó a verificar su crédito en el concurso de Nazar y Cía., invocando privilegio prendario, en razón de existir esta garantía sobre los certificados de depósitos en plazo fijo, luego transferidos a caja de ahorro. Expresó que los fondos eran de propiedad de Nazar y Cía., y que se encontraban a su nombre en virtud de lo dispuesto por el artículo 587 del Código de Comercio argentino.

(64) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, del 7-7-2000, ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005. Anotado por MARQUEZ, José F., «El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2003-1, Santa Fe, ed. Rubinzel Culzoni.

La concursada y la sindicatura negaron la procedencia de la verificación argumentando que SMSVIM había cobrado y percibido directamente su crédito, pues cobró los plazos fijos a su vencimiento y los colocó a su nombre en caja de ahorro.

SMSVIM también presentó su pedido de insinuación en la liquidación de Corprend, S. A., invocando los artículos 580 a 588 del Código de Comercio argentino y afirmó que: «el dinero depositado en la caja de ahorro en Corprend, S. A. era un acto de conservación de la eficacia del crédito, que subrogaba los bienes dados en prenda». En este proceso se declaró verificado un crédito, encuadrado en el artículo 49, inciso d), de la ley argentina, núm. 21.516.

En el concurso de Nazar, en primera instancia se rechazó el pedido de verificación, por entenderse que el cobro de los plazos fijos y su depósito en caja de ahorro implicaron la extinción del crédito en contra de la deudora originaria. En segunda instancia, por el contrario, se entendió que no se había extinguido el crédito y se lo declaró verificado; la decisión se fundó en que la transferencia de los plazos fijos a caja de ahorro fue *animus pignus* y no con intención de cobro.

Deducidos recursos extraordinarios, la concursada insistió en que el depósito del dinero en caja de ahorro implicó su cobranza y la extinción del crédito y que la verificación de un crédito a favor de SMSVIM en el pasivo de la entidad financiera liquidada implicaba cosa juzgada en el concurso de la deudora.

La Corte mendocina concluyó que al cobrar el acreedor los plazos fijos y depositarlos en caja de ahorro, con acuerdo de la deudora, las partes habían constituido un fideicomiso con fines de garantía, pues existía transferencia de titularidad a favor de SMSVIM y cierta discrecionalidad por parte del fiduciario (la mutual acreedora). Por ello, dijo, pudo presentarse también como acreedor en la liquidación de la entidad financiera.

Por razones procesales, la sentencia no se internó en el carácter del crédito —privilegiado o quirografario—, aunque insinuó que si el crédito original era prendario (privilegiado) y luego, por subrogación, se dio en fideicomiso, el carácter privilegiado debía subsistir. Esta conclusión parece devenir de la asimilación entre prenda de créditos en garantía y fideicomiso de créditos en garantía que realiza la Corte, siguiendo la doctrina de Rivera.

El comentarista del fallo afirma que el caso nos enfrenta a particulares posiciones de las partes: el deudor pretende que los créditos cedidos ya no le pertenecen y el acreedor pugna por que estén comprendidos en la masa concursal. En efecto, expresa el fallo: el acreedor afirma que no ha pretendido ni pretende autoliquidar la garantía; clama a quien lo quiera escuchar, desde las instancias inferiores, que él ha tenido a su nombre el dinero proveniente de la percepción de los créditos que el deudor tenía contra terceros, pero siempre

ha reconocido que el titular de ese dinero es su deudor. La Cámara lo ha escuchado. El deudor, en cambio, no quiere ser el titular de ese dinero; por el contrario, afirma que el acreedor autoliquidó la garantía y se cobró y que, por lo tanto, él nada debe. Su argumento fue receptado por el juez concursal y, en esta instancia extraordinaria, lo acompaña el señor procurador general». Finalmente, sostiene que la sentencia del Supremo Tribunal mendocino llega a un punto intermedio: los créditos son todavía del acreedor (por ello puede verificar en la liquidación de la entidad financiera), pero en fideicomiso (entonces, también puede verificar en el concurso del deudor).

- Autos núm. 39.305, 17-02-03, «Liquidadoras Compañía Luján Williams en J.º 33.215, Cía. Fin. Luján Williams, p/liq. judicial c/Volkswagen, S. A., p/inc. rest.» y autos núm. 39.311, 17-02-03, «Liquidadoras Compañía Luján Williams en J.º 33.215, Cía. Fin. Luján Williams, p/liq. judicial c/Banco Sudameris, S. A., p/inc. rest.» (65)

Las liquidadoras de la Compañía Financiera cesante en sus pagos interponen incidente de restitución de los fondos y/o títulos y/o rendición de cuentas contra Volkswagen C.F.S.A. y Banco Sudameris, S. A. Señalan que conforme a la interpretación que efectúan de diversas cláusulas de los contratos de cesión de cartera de créditos prendarios suscriptos oportunamente por las autoridades estatutarias de la ex compañía financiera y los demandados, lo que existió entre las partes fue una cesión de créditos en garantía (*pro solvendo*) y no una cesión en venta (donde no era necesario verificar).

Ambos demandados se oponen al incidente de restitución. Indican que se celebraron varios contratos de cesión onerosa de créditos con garantía prenarial, que fueron instrumentados en los términos que resultan de los documentos que adjuntan y que encuadra en las previsiones del artículo 1.435 del Código Civil argentino, que remite a las normas para la compraventa; rechazan la aseveración de las incidentantes en cuanto a que tales cesiones lo fueron en garantía a los términos del artículo 580 del Código de Comercio argentino, para concluir que no hay cesión en prenda (y por ende necesidad de insinuar privilegio alguno) sino simplemente una «venta» de la cartera de créditos, saliendo del patrimonio de la ex entidad financiera los créditos cedidos mucho antes de su liquidación «contra la previa percepción de un precio en dinero».

(65) Originarios del Primer Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza; ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

La sentencia verificatoria desglosó el análisis de los contratos de cesión, admitiéndose como quirografario y sin mayores consideraciones lo atinente al crédito derivado del incumplimiento de las obligaciones de cobro y dejándosse a salvo el carácter eventual del restante tramo: «...a condición resolutoria consistente en la percepción de los importes —judicial o extrajudicial— de los créditos cedidos a sus respectivos deudores...».

El juez sostiene que en el planteo formulado por las incidentantes se advierte una desajustada interpretación de los contratos de cesión, apartándose de las previsiones del artículo 1.198 del Código Civil argentino en cuanto a la forma que deben interpretarse los contratos, esto es, «de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o debieron entender, obrando con cuidado o previsión». Y, siendo que, interpretar, precisamente, es captar el sentido de una manifestación de la voluntad, lo que supone en todos los casos un esfuerzo: «...los modos como los créditos pueden transmitirse en la práctica bancaria son numerosos y variados, ya que no siempre se presentan con la forma clara y nítida que tienen los negocios típicos...»; es en la lectura de los mismos de donde debe surgir la solución del conflicto planteado, antes que comenzar a «dilucidar» la aplicación de teorías de una u otra talla.

Afirma que se trata de contratos de cesión de derechos que deben evaluarse a los términos de la normativa propia de dicho cuerpo normativo, ya que, como se lee en los distintos contratos, se cedieron «créditos» por un precio que fue abonado en el acto por el cesionario. Por ello, la transmisión (formalizada en cada caso a través de endosos) de los contratos prendarios fue en «propiedad» y no en garantía, y no resultan por ello aplicables las previsiones de los artículos 580 y siguientes y cctes. del Código de Comercio argentino que regulan la «prenda de créditos» o cualquiera de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que, tras admitir la posibilidad en nuestro Derecho de que existan «cesiones de créditos en garantía» (v.gr., negocio fiduciario), siguen las consecuencias propuestas por las incidentantes.

Desde ese punto de vista, no era menester que el acreedor incidentado insinuara privilegio alguno para mantener en su égida la propiedad de los créditos cedidos, lo que así había sido puesto de manifiesto en la resolución del artículo 36 LCQ, reconociéndose el derecho a continuar percibiendo los créditos de los deudores cedidos, lo que, por cierto, iría menguando la acreencia reconocida como «quirografaria» contra la ex entidad financiera en liquidación.

Así entonces, y conforme lo expuesto en cuanto a la naturaleza del acto sometido a examen, son de aplicación las normas del Código Civil argentino que regulan el contrato de cesión de derechos, por cuanto el objeto de la «cesión» es un derecho (art. 1.444), como así también los efectos que para ese tipo de convenio prevé el cuerpo legislativo referido.

Por consiguiente, el tribunal considera improcedente la acción restitutoria de diversos contratos prendarios intentada por las liquidadoras de la ex entidad financiera Luján Williams, S. A., y que fueran cedidas a los términos de la normativa propia del Código Civil «en propiedad» oportunamente al acreedor incidentado, imponiéndose el rechazo sin más de la acción deducida.

- Autos núm. 6.474, caratulados «San Pablo, p/conc. prev» (66)

La concursada solicitó la restitución de los títulos de terceros que había entregado en prenda a ciertos acreedores (a través de un endoso en prenda); fundó su petición en que estos acreedores, de cobrar los títulos a los terceros libradores, estarían violando la *par conditio creditorum*.

El tribunal rechazó la petición con los siguientes argumentos:

- Los bancos ostentan los títulos en calidad de acreedores pignoraticios, y por lo tanto, cuentan con la facultad que les concede el artículo 21, inciso 2.º LCQ o, en su caso, el artículo 23 LCQ. Por lo tanto, parece excesivo ordenar la restitución de los cheques pignorados a la concursada, pues ello importaría desvirtuar la garantía del crédito y de la especialidad que *prima facie* ostenta el crédito.
- El acreedor prendario —en su carácter de endosante en garantía de títulos de tercero— puede ejercer el derecho de cobro respecto del tercero librador, no obstante lo cual, no podrá imputarlo a la deuda, sino que deberá depositar los fondos en una cuenta bancaria a la orden del Tribunal del proceso concursal, a fin de acreditar el resultado de su gestión de cobranza.
- Consecuentemente, cada banco irá depositando en las respectivas cuentas que se abran los fondos que obtenga del cobro de los cheques. Las sumas permanecerán allí a la espera del pronunciamiento verificadorio o afianzamiento ante la posible existencia de acreedores de mejor derecho (art. 209 LCQ).

De lo resuelto por el Juzgado, inferimos que el Tribunal parece entender que el acreedor prendario cuyo asiento del privilegio era un crédito plasmado en un cheque de pago diferido de tercero debía insinuar su acreencia en el concurso del deudor endosante como paso previo a hacerse de los fondos de aquel tercero no concursado. En suma, el acreedor munido de esta garantía

(66) Originarios del Tercer Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza; ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

debe verificar su acreencia; sin embargo, si su acreencia es verificada, puede llegar a cobrar a través de los fondos depositados y no soporta las otras consecuencias del concurso.

- Autos «Acosta, José L. y otros, s/inc. de verif. en: Pino Camby, S. A., s/conc. prev.» (67)

La concursada y los acreedores apelaron un pronunciamiento que había verificado el crédito:

- a) La deudora perseguía la revocación del decisorio con base en cierto contrato de fideicomiso que reputaba vigente, atribuyéndole efecto novatorio de las obligaciones que motivaron el incidente.
- b) Los acreedores cuestionaban la imposición de las costas del proceso.

En el contrato de fideicomiso, la concursada «Pino Camby, S. A.» —fiduciante— transfirió el dominio fiduciario de una cantidad de toneladas de miera de pino eliotti resinada por aquella a Horacio Alberto Ortiz —fiduciario— en beneficio de obreros y personal de los montes de las provincias de Misiones y Corrientes indicados en cierta nómina anexa. Se contempló que los recursos disponibles provenientes de la comercialización de la miera habrían de aplicarse al pago total o parcial de los créditos laborales especificados en el contrato. No se preveía en forma expresa la novación de las obligaciones de la concursada de origen laboral, ni su extinción por efecto de la celebración del fideicomiso. Solamente se establecía que: «(...) sujeto a la existencia de recursos disponibles, los beneficiarios podrán hacer valer sus derechos respecto de los créditos laborales, caso de ser exigibles, contra los bienes fideicomitidos que integran el patrimonio separado (...)».

De este modo, a través del contrato de fideicomiso, sólo se afectaba ciertos bienes de la concursada al pago de los créditos laborales, estableciéndose las condiciones de ejercicio de sus derechos contra los bienes fideicomitidos, lo que no excluía *per se* la obligación laboral del patrimonio de la deudora, ni a sus otros bienes de la garantía que representan para sus acreedores, incluidos los de esta índole.

Así las cosas, el Tribunal entendió que, aun cuando el contrato haya sido celebrado con intervención de los representantes sindicales de los obreros de la actividad comprometida y homologado por la Subsecretaría de Trabajo y

(67) Cámara Nacional de Comercio, sala E, 24-11-2003, suplemento de concursos y quiebras, revista argentina *La Ley*, a cargo de Héctor ALEGRÍA, de 12 de julio de 2004, pág. 9. Con nota del jurista precitado «Fideicomiso de garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante)».

Empleo de la Provincia de Misiones, no puede considerarse liberatorio de las obligaciones de la concursada.

Héctor ALEGRÍA, anotador del fallo, señaló algunas cuestiones de relevancia en materia de verificación del crédito y de su garantía por el fideicomiso. Diferenció dos aspectos del problema:

- a) la verificación del crédito;
- b) la verificación de la garantía constituida por el fideicomiso.

a) *Verificación del crédito garantizado por el fideicomiso*

El prestigioso jurista sostiene que, dada la inexistencia de novación del crédito al ser garantizado por el fideicomiso, y no existiendo liberación del deudor original, el crédito debe ser verificado en el concurso del deudor (argumento del art. 32 LCQ).

Por lo tanto, no podría predicarse que la constitución del fideicomiso ha excluido al crédito del pasivo concursal y, tampoco, que es un abuso de derecho la verificación concursal cuando existen bienes de afectación especial fiduciaria. En primer lugar, porque la garantía puede renunciarse total o parcialmente (argumento del art. 43 LCQ) o, incluso, resultar insuficientes los bienes fideicomitidos y estar expedita la acción del acreedor respecto de sus otras garantías o, en su caso, de los bienes del deudor que respalda los créditos quirografarios.

b) *Verificación de la garantía*

Otra cuestión es si habiéndose constituido un fideicomiso en garantía de un crédito por el deudor que posteriormente cae en concurso, el acreedor debe verificar también como «privilegio» la garantía que emana del fideicomiso.

Para ALEGRÍA la verificación de la garantía (o del fideicomiso) es necesaria, pues el fideicomiso supone que, eventualmente, los bienes pueden reingresar total o parcialmente al activo del concursado a la extinción del fideicomiso por cualquiera de sus causas. Estos bienes, aun integrando un patrimonio separado, y por tanto afectado, salieron del patrimonio del concursado con vocación residual o remanente de retornar total o parcialmente al patrimonio. El fiduciario, titular de los bienes como propietario fiduciario, debe aplicarlos al fin para el cual se le han transmitido (arts. 1, 4, 6 de la Ley 24.441). Además, está vinculado por un contrato con el fiduciante (arts. 2, 4 y ctes., de la Ley 24.441) y, finalmente, deberá rendir cuentas de su cometido.

Además, el artículo 11, inciso 5 LCQ obliga al deudor a presentar una nómina de acreedores, «codeudores, fiadores o terceros obligados o respon-

sables, o privilegios», y el artículo 32 LCQ requiere que quien pretenda verificar su crédito, denuncie monto, causa y privilegios.

El resultado de la solución contraria (calificarlo de quirografario) desnaturalizaría el fideicomiso y es insostenible porque: *a*) El acreedor con garantía de un fideicomiso constituido por el deudor tiene una garantía sobre bienes que integraban el patrimonio del deudor y que tienen vocación eventual de retornar al mismo; *b*) Si el crédito fuere quirografario, podría intervenir en las decisiones del concurso en tal carácter, lo que resultaría inequitativo para los demás acreedores; *c*) Por ser titular de una garantía, también sería inequitativo para él que se lo sometiera a las reglas del acuerdo o a las de distribución del concurso.

- Autos «Club Atlético San Lorenzo de Almagro Asociación Civil, s/conc. Prev.» (68)

Con anterioridad a la presentación en concurso preventivo, la deudora suscribió con Horacio Ameli, por sí y en representación del cuerpo técnico y médico, un convenio de refinanciación de deuda.

En esa oportunidad, el Club Atlético San Lorenzo de Almagro, representada por su presidente Fernando Miele, reconoció adeudar a los integrantes del plantel la suma de U\$S 3.365.416,26 y, en consecuencia, cedió a sus acreedores los derechos y acciones que pudieran corresponderle por distribución de derechos de televisión de partidos a partir del mes de junio de 2002, hasta cubrir la suma de U\$S 120.000 mensuales (cláusulas primera y segunda).

Según el Tribunal, los créditos que se liquidaban en la planilla que integraba el convenio como Anexo A eran de causa anterior a la presentación del concurso del deudor y por lo tanto, pesaba sobre sus titulares la carga de verificar ante el síndico su acreencia para no vulnerar el principio de la *par conditio creditorum*. De este modo, se evitaría el débito de los derechos de televisación correspondientes al club, lo que adquiriría relevancia en las particulares circunstancias del caso, principalmente ante la existencia de un proceso concursal en trámite, donde la adopción de la solución contraria podría afectar sensiblemente la continuidad de la actividad de la deudora, que debe ser preservada en aras de lograr una solución preventiva que satisfaga los intereses patrimoniales comprometidos y que —asimismo— respete la igualdad de los acreedores.

(68) Cámara Nacional de Comercio, sala C, 13-12-2002, suplemento de concursos y quiebras, revista argentina *La Ley*, a cargo de Héctor *Alegria*, de 12 de julio de 2004, pág. 61.

- «Luconi Winograd, S. A.» (69)

La Corte Federal Argentina declaró admisible el recurso extraordinario federal (art. 14, Ley argentina, núm. 48) articulado contra un pronunciamiento que había fijado un plazo a la aduana para que verificase su crédito con el apercibimiento de disponer, en caso contrario, el inmediato depósito a la orden del juzgado de los fondos obtenidos en la subasta administrativa de bienes importados por la deudora.

Sostuvo que esa intimación comportaba la negación de una situación de excepción a la que la Aduana tenía derecho con sustento en el Código Aduanero argentino, y que el agravio que invocaba en la ocasión no sería susceptible de reparación ulterior, dado que la carga impuesta judicialmente de verificar el crédito y la consiguiente sujeción de esa repartición a las disposiciones de la ley concursal argentina enervaba la preferencia de que se intentaba prevalecer.

- «Cía. Fin. Luján Williams, S. A., c. González, Jorge, s/acc. priv. prendaria» (70)

El juez a cargo del 12 Juzgado Civil, Comercial y Minas de la 1ra. Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, ante quien tramitara una acción privada prendaria de conformidad con el artículo 39 de la Ley argentina, número 12.962, suscitó un conflicto positivo de competencia, al resistir la solicitud inhibitoria y remisión de autos requerida por el juez titular del Juzgado Civil, Comercial y de Conciliación de Huinca Renancó de Córdoba, que entendía en el concurso preventivo del deudor prendario.

El juez mendocino de primera instancia coincidió con la solución propuesta por la señora Agente Fiscal y consideró que el proceso denominado venta extrajudicial regulado por el artículo 39 de la ley prendaria argentina no resulta atrapado por el concurso del deudor prendario, en razón de que la obligación de verificar impuesta por el artículo 21, inciso 1.º LCQ, sólo alcanza a los procesos en los que se ejecuta judicialmente el derecho real de garantía. Sostuvo que el artículo 21, inciso 1.º LCQ, se refiere específicamente a «juicios», y que la pretensión que ejercita el acreedor prendario a tenor del citado artículo 39 de la ley de prenda no da lugar a un «juicio»,

(69) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23-2-88, fallos 311:157.

(70) Fallo 205, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 6-5-97, «Cía. Fin. Luján Williams, S. A., c. González, Jorge, s/acc. priv. prendaria», comentado por la Doctora Alicia PUERTA DE CHACÓN en Revista argentina *Voces Jurídicas*, to. 4/1997/septiembre. En este precedente la Corte Federal resolvió el conflicto de competencia, declarando que el 12.º Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, resultaba competente para seguir entendiendo en las actuaciones.

en el sentido de un tipo de procedimiento con efectiva contienda defensiva. Consideró que la verificación no es necesaria, por cuanto el artículo 23 LCQ excepciona expresamente el normal proceso verificadorio, imponiendo en cambio una rendición de cuentas.

Concluye que: «(...) de una interpretación sistemática de la nueva normativa no podría sostenerse que las ejecuciones por remate no judicial (como bien titula la ley) se encuentran abarcadas por el fuero de atracción del concurso, ya que si no necesitan siquiera verificar, resulta absurdo que se vieran sometidas a una limitación ampliamente superior como es el desplazamiento de su competencia hacia ese mismo concurso (...»).

- «Nieto y Cía., SAICA, p/conc. prev.» (71)

Inmediatamente de incumplida la obligación, el titular de un *back to back credits* (Banco Galicia Uruguay, S. A.) ejecutó extrajudicialmente la garantía contra el deudor principal cesante en sus pagos (Nieto y Cía., SAICA), no obstante que se había abierto su concurso preventivo, y contra los directores (garantes) de la firma concursada; el ejercicio extrajudicial de su derecho no fue cuestionado por el Tribunal, pese a que el Banco acreedor no se presentó a verificar.

c) NUESTRA OPINIÓN

En el escenario concursal, la cuestión es determinar si el acreedor con garantía autoliquidable puede ejecutar al concursado sin «juicio previo» o, en términos concursales, sin necesidad de «verificar». Como se ha visto, las voces de la jurisprudencia y de la doctrina varían y, generalmente, se refieren a una garantía autoliquidable de gran utilización: la prenda de crédito (72).

(71) Conf. autos, núm. 7.424, caratulados «Nieto y Cía, SAICA, p/Conc. Prev.», originarios del 3.^{er} Juzgado de Procesos Concursales de la Ciudad de Mendoza, inédito.

(72) En el concurso preventivo es común que el deudor —al pedir la apertura del mismo e invocando el art. 16 LCQ— solicite al Tribunal la devolución de cartulares de terceros de fecha de vencimiento posterior a la presentación en concurso y entregados al banco antes de la misma en virtud de la realización de una serie de operaciones de crédito con el ente financiero. Caso contrario —suele alegar el cesante en sus pagos— el banquero estaría cobrando con posterioridad a la presentación en concurso una acreencia de causa anterior en violación a la *par conditio creditorum*. En nuestro parecer, la medida referenciada en el párrafo anterior se encuentra erróneamente planteada por el concursado, y ello en virtud de no haberse analizado debidamente la naturaleza de los negocios jurídicos en virtud de los cuales fueron entregados al ente crediticio los títulos circulatorios. Se trata de saber: ¿cuáles son los efectos que traen aparejados tanto la presentación en concurso preventivo como la declaración de quiebra del cliente endosante —en garantía o en pro-

Las opiniones podrían ser divididas del siguiente modo:

- a) Para algunos, el acreedor sí puede percibir el crédito y sólo debe rendir cuentas luego de realizado el remate, o ejecutada la garantía (arg. art. 23 LCQ). No tiene la carga de verificar.
- b) Para otros, aún con garantía autoliquidable, los acreedores deben verificar. La actuación de quien pretende eludir el proceso de verificación de créditos y percibir directamente acreencias concursales implica una conducta reñida con normas de evidente orden público, pues el sometimiento de todos los acreedores al reconocimiento judicial de sus créditos constituye el modo principal para garantizar las *pars conditio creditorum*.
- c) Para una tercera postura, en principio conciliadora de las dos anteriores, el acreedor con prenda comercial común constituida sobre títulos cambiarios de tercero puede ejercer el derecho de cobro, no obstante lo cual no podrá imputarlo automáticamente a la deuda sino que deberá depositar los fondos en una cuenta bancaria a la orden del Tribunal del proceso concursal, a fin de acreditar el resultado de su gestión de cobranza. Asimismo, las sumas cobradas permanecerán en la cuenta a la espera del pronunciamiento verificadorio o afianzamiento ante la posible existencia de acreedores de mejor derecho conforme al artículo 209 de la Ley 24.522.

1. *Opinión del suscripto: conclusión*

Estamos convencidos que la necesidad de tutelar el crédito con garantía autoliquidable no es incompatible con la protección de los demás sujetos involucrados en el proceso concursal.

Las ventajas que confieren estas garantías, la celeridad y seguridad en el cobro deben compatibilizarse con el debido control de legalidad, debiendo por ello exigirse el trámite verificadorio.

Autorizar la omisión de cumplir con la carga de verificar es inconveniente desde el punto de vista práctico, debido a que, encontrado un vicio o defecto en la constitución de la garantía, debe ordenarse restituir a la masa los fondos percibidos más los accesorios legales; este resultado podría evitarse con el debido contralor de legitimidad por parte del *iudex* (con la colaboración del síndico y del resto de los acreedores) durante el trámite verificadorio.

piedad— de los documentos de tercero, respecto a los contratos de garantía (v.gr., prenda, cesión fiduciaria, etc.) —celebrados con anterioridad a la presentación en concurso o declaración de falencia— en virtud de los cuales el banco ostenta la calidad de acreedor endosatario?

No podemos privar al resto de los acreedores del concurso de la posibilidad de hacer valer la inoponibilidad, la nulidad, o la extinción del crédito o de la garantía en cuestión, y el procedimiento de la verificación es, justamente, el filtro que procura impedir el *concilium fraudis* en perjuicio de los derechos del resto de los acreedores.

La insinuación del crédito es relevante porque intenta proteger no sólo al deudor —como pretende hacerlo el llamado «juicio individual»— sino también a los acreedores a través del control multidireccional (73) que éstos pueden ejercer. A diferencia del juicio individual, en el proceso concursal los protagonistas a quienes se procura dispensar tutela son dos: el deudor —lo mismo que ocurre en la esfera individual— y el resto de los acreedores.

Ahora bien, sin perjuicio de la necesidad de pedir la verificación de su acreencia, el acreedor con garantía autoliquidable no debe esperar al dictado de la sentencia verificatoria (art. 36 de la Ley 24.522), pudiendo ejecutar la garantía extrajudicialmente en los términos de la legislación específica (arts. 587 del Código de Comercio argentino; leyes argentinas de *warrant*, de prenda con registro; de fideicomiso, núm. 24.441); para luego rendir cuentas en los términos del artículo 23 LCQ.

De esta manera, el acreedor puede ejecutar la garantía, aunque con la carga de solicitar la verificación de su acreencia. La resolución que se dicta en el proceso verificadorio produce efectos de autoridad de cosa juzgada material. Por ello, si la sentencia verificatoria es contraria al reconocimiento del derecho del acreedor con garantía autoejecutable, las cosas deben volverse a su estado anterior: si se está a tiempo, se evitará la liquidación del bien; si fuese tarde, habrá que recurrir a la indemnización sustitutiva (74). En cambio, si la sentencia verificatoria reconoce el dere-

(73) ROUILLÓN al comentar el artículo 34 LCQ expresa que: «(...) Existe un control multidireccional propio de la concursalidad, donde no sólo se enfrentan —potencialmente— cada acreedor con su deudor, sino también cada acreedor con los demás aspirantes a la concurrencia. En estas contiendas, el síndico tiene un rol imparcial, propio de un órgano técnico auxiliar de la magistratura. De ahí que debe facilitar los legajos para su revisión por el deudor y por los solicitantes de verificación, recibir las observaciones e impugnaciones que se presenten, dar constancia de ello al interesado, presentar al Tribunal copias de éstas, y tener en cuenta las argumentaciones de los impugnantes u observantes como un dato más sumado a los fundamentos de la solicitud de verificación, a los detalles del legajo del artículo 14, inciso 5.º LCQ, y a la información recogida por el propio síndico, a fin de elaborar el informe del artículo 35 LCQ. El periodo de observación e impugnaciones tiene por sentido estimular el control recíproco entre concursado y co-solicitantes de verificación, procurar traer la mayor cantidad de información posible para la determinación depurada del pasivo concursal (...)» (*Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 13.ª ed. actualizada y ampliada, ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, pág. 97).

(74) ROUILLÓN, Adolfo A. N., «Las ejecuciones con garantías reales y el fuero de atracción del concurso preventivo del deudor», en Revista argentina *La Ley* 1998-E-107.

cho del acreedor, los actos cumplidos, incluso la subasta, son en principio válidos (75).

Precisamente, para evitar perjuicios graves a la masa por parte del acreedor con garantía autoejecutable es acertada la jurisprudencia que autoriza al acreedor a ejecutar, pero no a imputar el producido al pago de la acreencia hasta tanto exista sentencia verificatoria que reconozca el derecho, salvo que preste fianza para responder en caso de haber ejecutado sin derecho (arg., art. 209 LCQ) (76).

Lo expuesto trae como consecuencia nuestra convicción en cuanto a que la legislación mercantil (arts. 23, 32 y ctres. de LCQ) y la normativa específica que regula cada garantía autoliquidable deben interpretarse en consonancia con el resto de nuestro ordenamiento jurídico (arts. 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional), de manera tal de respetar todos y cada uno de los intereses en juego en el proceso concursal.

Por tanto, la «necesidad» de *la insinuación del crédito* —como paso previo a la ejecución de la garantía autoliquidable— aunque sin la «necesidad» de *esperar al pronunciamiento jurisdiccional verificadorio*, se impone no sólo por un argumento de jerarquía constitucional, sino también por una cuestión de seguridad jurídica y justicia, consistente en que, con el debido control de legalidad, tanto del crédito como de su garantía por parte del órgano jurisdiccional, se asegura al concursado, al propio acreedor con garantía autoejecutable y al resto de los acreedores la tutela del derecho de propiedad (en particular, de su *crédito*) y el respeto a la garantía del debido proceso legal, al ejecutarse una garantía «autoliquidable» en forma regular.

Por ello, nos parece acertado lo resuelto en autos «Dinar Líneas Aéreas, S. A., s/conc. prev.» (77), antes referenciado, pues atento a que el banco acreedor no había insinuado aún su crédito en el concurso del fiduciante deudor (Dinar, S. A.), de tolerar que el acreedor autoejecutase privadamente la garantía, se corría el riesgo de violar el principio de la *pars conditio creditorum*, una de cuyas manifestaciones más claras es el artículo 32 LCQ que impone a todos —sin excepciones— la carga de verificar sus acreencias.

(75) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, autos núm. 69.691, caratulados «Palomo y Cía., S. A. en J.º 146.252/25.469 Bank Boston N.A., c/Palomo y Cía., S. A. p/jec. hipotecaria s/inc. cas.», en Revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, 2002-I-9.

(76) Conf. autos 6.474, caratulados «San Pablo, p/conc. prev.», originarios del 3.^{er} Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza, y autos núm. 37.109, caratulados «AMSA y Fideicomiso MZA, en J.º 36.025, p/conc. prev. p/cuestiones conexas», originarios del 1.^{er} Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza, inéditos.

(77) Quiebras, Concursos y Sociedades, 2.^a nom., salta, 9-8-2002, «Dinar Líneas Aéreas, S. A., s/conc. prev.», en Revista argentina *La Ley*, tomo 2003-D-19.

Asimismo, dada la extrajudicialidad de la ejecución de la garantía, nuestra posición evita abusos contra el deudor, que luego redunden en perjuicio de la empresa en cesación de pagos, vista ésta como consumidora de créditos, productora de bienes y fuente de trabajo.

Otro argumento relevante en pro de la necesidad de la verificación del acreedor con garantía autoliquidable radica, especialmente tratándose de concurso preventivo en el cual no se produce la caducidad de los plazos de las obligaciones (78), en que la insinuación de la acreencia es la manera que

(78) La doctrina se encuentra dividida, pues la ley concursal, a diferencia de lo que ocurre con el quebranto (art. 128 LCQ), nada dice en materia de proceso preventivo. Hay quienes entienden que sí acaece la mentada caducidad (v.gr., entre muchos, GRAZIABILE, Darío J., «Caducidad de los plazos en el concurso preventivo y exclusión del cómputo de las mayorías», en Revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, suplemento del 18-5-2005), mientras que otros sostienen que no (v.gr., entre muchos, RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. 1, Santa Fe, ed. Rubinzel Culzoni, 1997, pág. 220). Los partidarios de la tesis afirmativa indican que es real que el legislador del Código Civil no pudo haber contemplado el instituto del concurso preventivo cuando estableció —como principio— el régimen de caducidad de los plazos por la insolvencia del deudor y la formación del concurso de acreedores, pues aquel instituto no se conocía a la fecha de sanción del Código Civil argentino (1869), apareciendo en nuestro país a partir de la sanción de la ley argentina, núm. 4156, del año 1902. Se discute si el plazo otorgado al deudor es en beneficio de éste, del acreedor o de ambos; y más allá de la postura que se adopte, lo cierto es que la afección que produce el concurso concierne directamente a la confianza que tuvo el acreedor al concederle dicho plazo. El deudor *in malis* concurre a la sede judicial a fin de normalizar la crisis económica que soporta, y ante el hecho de que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones y entendiéndose que el plazo es otorgado al deudor, bajo la condición resolutoria tácita de que su estado económico no cambie; es decir, mientras el acreedor pueda mantener inalterable su fe en la solvencia del deudor. En virtud de ello, tanto en la quiebra como en el concurso preventivo desaparecen los motivos por los cuales se ha otorgado el plazo. Igualmente, en dichos procesos concursales se producen efectos tanto en el concurso preventivo como en la quiebra que hacen caer los plazos estipulados. El primero de estos es la suspensión y el fuero de atracción que ejerce el proceso concursal respecto de las acciones individuales de contenido patrimonial, y nada significaría esperar el vencimiento de los términos de algunas obligaciones todavía no vencidas si su titular no pudiera hacer valer su derecho individualmente. Concordantemente con esto, y como segundo efecto, debemos entender que en ambos procesos concursales se produce la cristalización del pasivo a fin de viabilizar el perfecto cumplimiento de sus fines, manteniendo imperiosamente la *par condicio creditorum* y viabilizando el cobro de los créditos. Ello, a través de la verificación de créditos, etapa en la cual no quedan excluidas las obligaciones a plazo, siempre que fuesen de causa o título anterior a la presentación del concurso preventivo (GRAZIABILE, Darío J., «Caducidad de los plazos en el concurso preventivo y exclusión del cómputo de las mayorías», en Revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, suplemento del 18-5-2005). Para quienes se adhieren a la tesis negativa, la caducidad de los plazos no es compatible con las reglas del concurso preventivo en cuyo trámite no se suspenden las relaciones contractuales, siempre que el concursado cumpla con sus obligaciones en cuya hipótesis el tercero no puede pretender la aplicación de la normativa del artículo 753 del Código Civil argentino, pues conforme a las normas de los artículos 15 y 16 LCQ, el concursado está habilitado de mantener la administración de sus negocios y las operaciones que hacen a su giro. Por lo demás, la cuestión está regida por la ley de concursos, la que no dispone que el concurso preventivo

tiene el juez de constatar que no se está ejecutando una garantía sin haberse tornado exigible la obligación principal.

Finalmente, y sin perjuicio de la necesidad de insinuar la acreencia por parte de los acreedores con garantía autoejecutable previo a ejecutar (aunque sin esperar a la sentencia verificatoria, art. 36 LCQ), el deudor concursado tiene otro instrumento para evitar abusos en el cobro de la acreencia; este instrumento es la rendición de cuentas de la gestión de cobranza prevista en el artículo 23 LCQ, que permite conocer con certidumbre cuánto y cómo cobró el acreedor munido con garantía autoejecutable, sobre todo cuando insinuó pero no esperó al pronunciamiento verificatorio que le reconociera con autoridad de cosa juzgada material la titularidad de su derecho y la respectiva garantía.

La mentada rendición de cuentas también es importante porque evita que el acreedor que ejecutó por «fuera» del concurso y cobró, lo haga de nuevo, aunque esta vez, «dentro» del concurso. La hipótesis planteada no es descabellada. Pensemos, a título de ejemplo, en una prenda con registro constituida sobre un bien de un tercero o en el caso de un acreedor cesionario de un crédito cedido en garantía cuyo bien objeto del gravamen es un crédito a cobrar contra un tercero (v.gr., el librador del pagaré endosado en garantía por el deudor concursado —endosante— a favor del endosatario —acreedor/cesionario—). Si el acreedor insinúa su crédito en el concurso del deudor concursado y además intentó la ejecución de la garantía con respecto al tercero, atento a la posible duplicidad de pago de una misma acreencia, el deudor puede emplazarlo a que informe el resultado de la gestión de cobranza respecto de aquel tercero, toda vez que tiene un incuestionable interés jurídico, cual es, clarificar su situación patrimonial, evitando que el acreedor —tenedor de los cheques de terceros— cobre dos veces la misma acreencia: al cesante en sus pagos —dentro del concurso—, por un lado, y al tercero —fuera del concurso— por el otro.

Por todas las razones expuestas, entendemos que los acreedores con garantía autoejecutable deben «insinuar su acreencia» en los términos del artículo 32 LCQ.

vo cause la extinción de todos los plazos (RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho concursal*, t. 1, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, 1997, pág. 220; JUNYENT BAS, Francisco, y MOLINA SANDOVAL, Carlos, «Ley de concursos y quiebras», en *Lexis Nexis*, 2003, t. 1, pág. 136). En los autos «Cía. de Alimentos Fargo, S. A., s/concurso» se resolvió que en el concurso preventivo no opera la caducidad de los plazos previsto en el artículo 128 LCQ, ya que éste es un efecto propio de la sentencia de quiebra no contemplado en el concurso preventivo. En este caso, la distinción tienen una clara justificación, dado que la quiebra no prevé —salvo en los casos específicos previstos en la ley— la continuación de la actividad, lo que implica que si no se estableciera la consecuencia mencionada, la posibilidad de cobro con vencimiento posterior a la sentencia sería ilusoria. La caducidad de los plazos es un efecto típico y propio de los procesos liquidativos (Cámara Nacional de Comercio, Sala «B», 4-3-5, «Fargo», Doctrina Societaria y concursal, núm. 210, ed. Errepar, mayo de 2005).

RESUMEN

**GARANTÍAS DE EJECUCIÓN PRIVADA
EJECUCIÓN SIN INTERVENCIÓN
JURISDICCIONAL**

Tratándose de garantías autoejecutables, como regla, el deudor no puede impedir la «agresión» patrimonial privada del acreedor; sin embargo, puede promover el juicio «previo» para que lo «oigan antes», y esta facultad no le puede ser vedada. Es decir, la ley puede posponer la promoción del juicio de conocimiento, pero no puede prohibir la facultad constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional) de la cual goza el deudor de poder iniciarla antes o durante la autoliquidación de la garantía.

En efecto, el deudor ejecutado por el acreedor munido de garantía auto-liquidable lisa y llanamente no puede hacer valer defensa alguna, ni siquiera referida al título, pues no hay «juicio» en su contra en el cual las pueda plantear.

Se justifica, entonces, que el deudor pueda promover un juicio de conocimiento (con la amplitud de audiencia y pruebas necesarias) antes o durante (y por supuesto con posterioridad a) la ejecución para ser oído, aún cuando no podrá impedir que lo ejecute extrajudicialmente el acreedor (principio de libre demandabilidad, art. 17 de la Constitución Nacional).

En aquellos casos en que el juicio de conocimiento es iniciado con posterioridad a la ejecución autoliquidable, podrá adoptar también la forma de un juicio de repetición. En éste el deudor autoejecutado podrá pretender, además de plantear aquellas defensas que no pudo hacer valer en la ejecución privada, repetir contra el acreedor lo percibido por éste —sin derecho— con motivo de la autoliquidación de la garantía. Puede además acumular la pretensión resarcitoria.

ABSTRACT

**SECURITY SUBJECT TO PRIVATE FORECLOSURE
FORECLOSURE WITHOUT COURT INTERVENTION**

In matters of security subject to private foreclosure by the lender, as a rule the borrower cannot prevent the lender's «aggression» against the borrower's private assets; the borrower can, however, file for a «preliminary» trial so that he can be «heard first», and there is no banning him from using this power. That is to say, the law can postpone the initiation of the trial process, but it cannot prohibit the borrower's constitutional ability (National Constitution, art. 18) to initiate the process before or during private foreclosure on the security.

Indeed, when a lender armed with security subject to private foreclosure wishes to foreclose, there is, plain and simple, no defence the borrower can put up, not even in regard to the title, because there is no «trial» against him where he can argue a defence.

It is justified, then, for the borrower to be able to file for a trial process (with the necessary breadth of hearing and evidence) before or during (and of course after) foreclosure in order to be heard, even though he will be unable to stop the lender from foreclosing on the security out of court (rule of freedom to file suit, National Constitution, art. 17).

In those cases where the trial process is initiated after foreclosure under a self-liquidation procedure, the process may also take the form of action for recovery. Here, after private foreclosure, the borrower can, in addition to putting up those defensive arguments he could not give in the private foreclosure, attempt to sue the lender to recover what the lender has wrongfully received through the self-liquidation of the security. The

Para el caso de que el acreedor haya ejecutado sin derecho o abusivamente una garantía autoejecutable, deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados al deudor.

action for redress can, in addition, be tried jointly with the other process.

Where the lender has foreclosed wrongfully or abusively on security subject to private foreclosure, the lender must repair the damages done to the borrower.

(Trabajo recibido el 3-7-2009 y aceptado para su publicación el 16-2-2010)