

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO GARANTIA PREFERIDA Y ACTIVO SUBYACENTE

HÉCTOR HORACIO MADKUR

PLANTEO:

Inconsistencia del régimen prudencial del Banco Central de la República Argentina al tratar el fideicomiso ordinario de garantía.

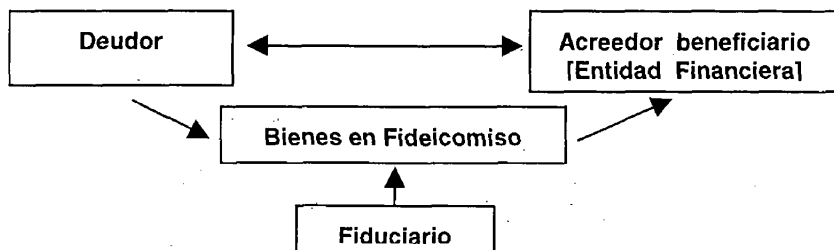
EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Existe fideicomiso de garantía cuando el fiduciante transfiere un bien en propiedad fiduciaria, garantizando una obligación que mantiene a favor de un tercero, con instrucciones de que, no pagada la misma a su vencimiento, el fiduciario procederá a disponer la cosa y con su producido neto desinterese al acreedor y el remanente líquido que restare, lo reintegre al Fiduciante y/o fideicomisario. En el respectivo contrato de fideicomiso se adoptarán todas las previsiones necesarias, incluyendo sobre la forma de acreditar la mora del fiduciante deudor para con su acreedor, beneficiario de la garantía.

Asumimos que en conformidad a la ley 24.441, el fideicomiso de garantía debe contar con un fiduciario que sea persona distinta del Beneficiario – Acreedor, a los fines de cumplimentar con el requisito del artículo 7 de la ley de Fideicomiso, que establece que: *“El contrato no podrá dispensar al fiduciario..... ni de la prohibición de*

adquirir para sí los bienes fideicomitidos.”

En el caso que analizamos se plantea cuando el rol de Acreedor – Beneficiario es una entidad financiera sujeta a la ley 21.526.



Como se observa en el esquema los bienes en garantía no se confunden con el patrimonio del tercero [Fiduciario], el cual no es el deudor ni el acreedor.

Por ello los bienes fideicomitidos pueden sujetarse a los efectos regulados por la ley 24.441, y de esta forma contar con la posibilidad de inmunizar una garantía. Toda vez que contamos con una patrimonio de afectación, -artículo 14¹ y se impide que el mismo pueda ser agredido por la acción singular o colectiva de los acreedores de toda las partes, con la salvedad de los frutos de los bienes para el caso de los acreedores del Beneficiario.² Como se puede observar en esta garantía se obtiene la eliminación del *riesgo de insolvencia* (concurso o quiebra del deudor), en virtud del aislamiento de los bienes en garantía. Además podemos considerar que el mencionado instituto reduce *el riesgo legal*, toda vez que para la realización de la garantía no es necesario iniciar un procedimiento judicial. En virtud de ello podemos incluir a esta garantía dentro de la *categoría de las garantías auto-liquidables*.

Sin embargo para una entidad financiera, aceptar el fideicomiso ordinario como garantía de un crédito se presenta como un “castigo” debido a serias falencias en el régimen prudencial del BCRA.

¹ **Artículo 14°** - Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

² **Artículo 15°** - Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.

RÉGIMEN PRUDENCIAL DEL BCRA

Antes de desarrollar nuestra propuesta, queremos precisar que a los fines de eliminar diversos riesgos del sistema financiero, el BCRA como entidad supervisora, dictó diversas normas que se agrupan bajo la denominación de régimen prudencial.

Así se establecieron regulaciones que han cubierto entre otros riesgos:

- a) **riesgo crediticio**, en general podemos decir que es el riesgo de no pago de los créditos concedidos y con ello la imposibilidad de cancelar el pasivo de la entidad, el mencionado riesgo es regulado a través de normas de exigencias de capitales mínimos (se adoptó, previa adaptación, las recomendaciones de Basilea '88), fraccionamiento del riesgo de las operaciones de crédito, calificación de créditos y por ende los deudores y por último normas de previsiónamiento – provisiones mínimas por riesgo de incobrabilidad-;
- b) **el riesgo de liquidez**, es el riesgo que puede sufrir la entidad por la presión de un retiro inmediato y generalizado de depósitos, el mismo es contemplado en las regulaciones de requisitos mínimos de liquidez y de posición de liquidez;
- c) **el riesgo de precio (o riesgo de mercado)**, es el riesgo que puede sufrir en sus activos la entidad (en este caso debemos ponderar que dentro de los activos pueden existir bonos, deuda colocada en el mercado, participación en otras sociedades, etc), debido a los cambios de precio, este riesgo se elimina mediante una metodología adaptada del "*enfoque estandarizado*" de Basilea.
- d) **El riesgo descalce de tasa**: el mencionado riesgo existe cuando la sensibilidad de los activos ante cambios en las tasas de interés no coincide con la sensibilidad de los pasivos, ante igual cambio. Este riesgo es regulado por el riesgo de tasa de interés en el caso de activos con cotización habitual.

En el caso del instituto analizado, nos vamos a detener en los dos primeros tipos de riesgos y su regulación.

En pocas líneas el régimen sobre calificación de deudores consiste en que las entidades financieras deben ponderar cada operación de financiación según la capacidad de repago y las garantías con los que se encuentre afianzados. Con posterioridad y según el ponderador establecido se obliga a la entidad financiera a provisionar determinado porcentaje del crédito, mayor cuando decrece la calificación crediticia.

En la actualidad el cliente puede ser calificado en seis categorías y la entidad tendrá diversos provisionamientos por cada operación según la calificación del deudor y la calidad de garantía ofrecida.

Dentro de la clasificación de las garantías efectuada por el BCRA, guarda especial importancia, la subdivisión de garantía preferida o no, dado que el previsionamiento se duplica a partir de la segunda clasificación del deudor si la financiación cuenta con garantía no preferida y en cambio no es susceptible de previsionamiento si la financiación es enteramente cubierta con una garantía preferida clase A.

Ahora bien, *el instituto analizado –fideicomiso ordinario de garantía- disminuye sustancialmente el riesgo crediticio* -además posee un efecto mediato sobre el riesgo de liquidez debido a la posibilidad de realización más rápida de activos- y *sin embargo en la normativa del BCRA no se lo contempla* (fundamentalmente en las normas sobre calificación de créditos y previsionamiento). Por lo tanto existe un fuerte incentivo para su no-utilización.

Y si nos detenemos en el análisis de las normas sobre calificación de garantías, podemos ver que el fideicomiso de garantía puede ser comprendido dentro de ambas clases de garantías preferidas [Clase A y Clase B]; según la naturaleza de los bienes con los cuales se conforme.

Según Comunicación A 2932 y A 3141, en su Sección 1, se define por garantías Preferidas Clase “A” a las que: “Están constituidas por la *cesión o caución de derechos respecto de títulos o documentos de cualquier naturaleza que, fehacientemente instrumentadas, aseguren que la entidad podrá disponer de los fondos en concepto de cancelación de la obligación contraída por el cliente, sin necesidad de requerir previamente el pago al deudor* dado que la efectivización depende de terceros solventes o *de la existencia de mercados en los cuales puedan liquidarse directamente los mencionados títulos o documentos, o los efectos que ellos representan*, ya sea que el vencimiento de ellos coincida o sea posterior al vencimiento del préstamo o de los pagos periódicos comprometidos o que el producido sea aplicado a la cancelación de la deuda o transferido directamente a la entidad a ese fin, siempre que las operaciones de crédito no superen, medido en forma residual, el término de 6 meses.

Y luego establece un listado cerrado -taxativo- de cuales garantías se encuentran dentro de la mencionada clasificación.

A modo de ejemplo podemos citar como garantías preferidas clase A, podemos encontrar la siguientes:

- “Warrants” sobre mercaderías fungibles que cuenten con cotización normal y habitual en los mercados locales o internacionales, de amplia difusión y fácil acceso al conocimiento público.
- Garantías constituidas por la cesión de derechos de cobro de facturas a consumidores por servicios ya prestados, emitidas por empresas proveedoras de servicios al público (empresas que

suministren electricidad, gas, teléfono; agua, etc.), siempre que se trate de un conjunto de facturas que represente una cantidad no inferior a 1.000 clientes.

- Garantías constituidas por la cesión de derechos de cobro respecto de cupones de tarjetas de crédito.

Y por garantía preferida Clase B, se define, las que: *Están constituidas por derechos reales sobre bienes o compromisos de terceros que, fehacientemente instrumentados, aseguren que la entidad podrá disponer de los fondos en concepto de cancelación de la obligación contraída por el cliente, cumpliendo previamente los procedimientos establecidos para la ejecución de las garantías, y por las garantías definidas en el punto 1.1. con excepción de las comprendidas en el punto 1.1.11., en tanto el plazo residual de las operaciones supere el término de 6 meses.*

Dentro de las garantías preferidas clase B, podemos encontrar las siguientes:

- Hipoteca en primer grado de privilegio sobre inmuebles.
- Prenda fija con registro en primer grado.
- Garantías o avales otorgados por sociedades de garantía recíproca inscriptas en el Registro habilitado en el Banco Central de la República Argentina

ACTIVOS SUBYACENTES

Dado la necesidad de desarrollar un mercado de capitales, consideramos indispensable establecer normas de incentivo para la creación de vehículos de securitización de activos financieros.

Para ello un elemento esencial es lograr una mejora continua de la calidad crediticia de los activos subyacentes, y en ello los fideicomisos ordinarios de garantía, se manifiestan como un adecuado instrumento de mejora crediticia.

Dado las restricciones exógenas impuestas por el sector público,³ y las falencias estructurales de nuestros mercados de capitales⁴, es poco probable que exista un impulso del mismo por la vía equity, más bien consideramos que su fomento provendrá de la emisión de deuda.

Por ello el fideicomiso ordinario de garantía es un vehículo que se

³ Es imposible canalizar el ahorro al crédito productivo con niveles de tasa de riesgo país de 900 puntos básicos, en el caso de la Provincia de Tucumán el nivel de riesgo provincia alcanza durante el período 30 de Junio de 1999 y 30 de Junio de 2000 un piso de 1000 puntos básicos adicionales al promedio país, lo que expulsa complementa el crédito de la provincia

⁴ Existen profundas falencias de asimetría de información y una gran desprotección de socios minoritarios en nuestra regulación societaria y de la oferta pública.

presenta como sumamente idóneo, para poder estructurar futuros fideicomisos financieros, e incentivar un mercado secundario de deuda.

Sin embargo no existen incentivos para su uso, para los actores del sistema. Cabe recordar el auge de las entidades financieras de aceptar como garantías los bienes y frutos producidos por la actividad agrícola-industrial, mediante la operatoria de warrants, cuando precisamente se incluyo en el año 1992 al mismo como garantía preferida.

En un relevamiento personal y dada la imposibilidad de contar con estadísticas provinciales, podemos informar que en el sector financiero no público, durante el año 2000 los fideicomisos de garantía permitieron canalizar 10,9 millones de pesos en activos radicados en el sector privado de la Provincia de Tucumán, y durante el primer cuatrimestre del año 2001, el monto de los activos de igual característica representan 4,8 millones de pesos. Por lo que estimamos superar el monto del año anterior y ello aún con el castigo para la calificación del crédito, en considerarlo sin garantía preferida.

CONCLUSIÓN

Proponer la inclusión del fideicomiso de garantía, estructurado en conformidad a la ley 24.441, es decir cuando existe separación entre Fiduciario y Beneficiario – Acreedor, como garantía preferida, y según la naturaleza de los bienes fideicomitados, en las siguientes clases:

1. Garantía Preferida Clase A: cuando el fideicomiso se constituya con bienes registrables y/o sobre los demás bienes que representen iguales pautas que las establecidas para las restantes garantías englobadas en la clase A;
2. Garantía Preferida Clase B: cuando el fideicomiso se constituya sobre otros bienes.