

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y LA QUIEBRA DEL CONSTITUYENTE

MARCELO EDUARDO VEDROVNIK

INTRODUCCIÓN:

Aceptada la alternativa de constituir fideicomisos de garantía, surge en forma inmediata la necesidad de establecer previsiones legales que, ante la quiebra del fiduciante, permitan ejercitar las acciones de ineficacia concursal que eviten los consabidos perjuicios a sus acreedores, producidos como consecuencia de dicha "garantía fiduciaria".

En ese mismo sentido, también es necesario establecer si la mentada ineficacia del acto de garantía celebrado por el fallido, será de pleno derecho (a tenor de lo establecido en el art. 118 de la ley 24.522) o si se tratará de un acto revocable conforme al artículo 119 de la ley concursal.

En efecto, nos proponemos sugerir que interpretamos, pese a no surgir acabada y plenamente del texto legal, que en el supuesto de haberse constituido el fideicomiso en garantía en el denominado período de sospecha, el mismo será inoponible a los acreedores del constituyente, en tanto y en cuanto se den los requisitos normados por el art. 119 de la ley de concursos.

Juzgamos que la ineficacia deberá, en cada caso, ser declarada como consecuencia de una acción instaurada en tal sentido, conforme

al art. 119 de la ley concursal -y no de pleno derecho- por los argumentos que serán vertidos en el desarrollo de este planteo.

Pero también consideramos, apuntando a la utilización del instituto que nos ocupa, que debiera incluirse en el texto del art. 118 inc. 3 de la ley concursal, que la constitución de un fideicomiso de garantía, respecto de obligación vencida que no contaba con esa garantía aún siendo realizada en el período de sospecha, no será declarada ineficaz de pleno derecho, por las mismas razones que motiva ese tratamiento para el supuesto de constituirse una prenda, hipoteca o alguna otra preferencia que tenga como finalidad garantizar una deuda vencida al momento de celebrar el acto de garantía.

Tenemos el convencimiento de que el fideicomiso -en sus distintas variantes- constituye un instituto de singular jerarquía en nuestro derecho, celebramos su vigencia y su cada vez mayor uso en la práctica de los negocios.

Pero entendemos que precisamente contribuirá a realzar su significación, la existencia de previsiones como la que nos atrevemos a propiciar, que tienen como objetivo la vigencia del instituto, sin que ello implique la burla de los legítimos acreedores del fiduciante o transmitente de la propiedad, verbigracia, en garantía.

En concreto: Apoyamos la utilización del fideicomiso como negocio basado en la confianza de las partes, pero en tanto y en cuanto el mismo no se constituya para violar o perjudicar los derechos de los terceros de buena fe.

Sostenemos que no puede, so pretexto de las particularidades de la figura en análisis, escapar al instituto de la ineficacia concursal a partir de la constitución de un fideicomiso en garantía, y de ese modo, perjudicar a los legítimos acreedores del constituyente.

En concreto, postulamos, pese a que en principio tal vez no se cumplan íntegramente los recaudos del art. 119 de la ley 24.522, como se desarrollará más adelante, que la constitución de un fideicomiso en garantía en pleno período de sospecha, debe, en la posterior quiebra del fiduciante, ser declarada ineficaz por conocimiento del estado crítico del deudor.

Y ello, aún cuando no se trate, en alguna opinión "ortodoxa" de un acto a título oneroso, o porque el fiduciario -tercero a quien se le transmite la propiedad- no haya tenido un efectivo conocimiento del estado de cesación de pagos.

Asumimos que la presente ponencia puede extenderse al caso de la transmisión fiduciaria in genere, y no sólo en garantía, pero entendemos que es en el fideicomiso de garantía donde el supuesto que pretendemos remediar, se presenta con mayor frecuencia.

DESARROLLO DE LA PONENCIA:

El artículo 119 de la ley concursal establece: "**ACTOS INEFICACES POR CONOCIMIENTO DE LA CESACION DE PAGOS.** *Los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio. ...*"

Entre los requisitos previstos en la norma, concluimos, siguiendo a Rouillón, que el acto atacable por esta vía debe ser un acto a título oneroso.

En tal sentido, ha dicho el prestigioso autor citado: "**Los actos a título oneroso realizados por el fallido en el período de sospecha, también pueden ser declarados ineficaces. En ese caso, se aplican las consideraciones efectuadas en el comentario al art. 118 puntos a y c y, además: a) Debe tratarse de actos a título oneroso no enumerados en el artículo anterior ...**"

Hacemos esta referencia -onerosidad del acto revocable- pues sabemos que el fideicomiso puede ser gratuito u oneroso. Pero la entrega o transferencia del bien en garantía, se hace a título fiduciario, ni oneroso ni gratuito, simplemente, a título de confianza o fiducia.

Así: **El rasgo que caracteriza y distingue al fideicomiso de los demás negocios fiduciarios es la transferencia de la propiedad a título de confianza.. De no darse este supuesto, habrá otro tipo de negocio fiduciario, pero no habrá un fideicomiso. La transferencia de la propiedad del bien, sobre el que recae el negocio, efectuada a título de confianza es característica única y definitoria del fideicomiso. En definitiva, la transferencia de la propiedad fiduciaria no es a título oneroso, ya que el fiduciario no se compromete a desembolsar el contravalor del bien que recibe ni a realizar una contraprestación de valor equivalente a favor de nadie... No debe confundirse esta particularidad de la transferencia de la propiedad fiduciaria con el carácter oneroso o gratuito del contrato de fideicomiso, ya que este será oneroso si el fiduciario recibe una retribución por al ejecución de los encargos encomendados, o gratuito si no es acreedor a contraprestación alguna"** (El Fideicomiso, Bettina Freire, pág.56 a 58).

Entonces, alguien podría decirnos que, verbigracia, el valiosísimo inmueble que se transfirió en confianza al fiduciario para garantizar el cumplimiento de la obligación mantenida con el acreedor —que dicho sea de paso, no contaba con esa garantía hasta ese momento-

ante la posterior quiebra del fiduciante, no será revocable pues, más allá de que se haya hecho en el período de sospecha, no es un acto a título oneroso.

Es decir, no cumple con los postulados del art. 119 de la ley concursal.

Y a este planteo, que no nos asombremos efectúen los acreedores beneficiarios de la transferencia, interpretamos debemos responderle con argumentos que nos permitan revocar un acto que, el mismo sentido común, nos autoriza a pensar que constituye una ventaja injusta y en desmedro de los restantes acreedores concurrentes.

Nuestra respuesta es clara: Más allá de que la transferencia sea fiduciaria, en confianza, no a título oneroso, pues seguramente el fiduciario nada abonó para adquirir este bien que integrará el denominado patrimonio de afectación, la “onerosidad” del acto es indudable, está íncita en su naturaleza y finalidad contractual.

Afirmamos pues que el carácter “no gratuito del acto” –pues entendemos que a esta especie se refiere el art. 119 en contraposición a su anterior de la ley de quiebras- es evidente y palmario.

Juzgamos que no se podrá pretender dejar a salvo de la ineficacia a este acto, so pretexto de no tratarse de un acto oneroso pues:

- a) La transferencia fiduciaria no es gratuita.
- b) Y constituye una ventaja injustificable para un acreedor quirografario que no contaba con ella desde antes, en franca violación a la *pars conditio creditorum*.

Analizado el primer escollo, corresponde referirnos a los restantes requisitos de la norma involucrada.

Evidenciamos que debe tratarse de un acto perjudicial para los acreedores, diferente de los enumerados en el art. 118 (ineficacia de pleno derecho), otorgado en el denominado período de sospecha, y mediando conocimiento por parte del co-contratante del estado de cesación de pagos del deudor.

La transferencia no se realiza directamente al acreedor –que es quien puede conocer el estado de cesación de pagos de su deudor- sino a un tercero –el fiduciario- que entre otras cosas puede desconocer el estado crítico del transmitente.

Más aún, puede no conocer al transmitente con anterioridad al acto, y ser una “persona de confianza” del beneficiario que acepta formar un patrimonio de afectación con el bien que recibe fiduciariamente, sujeto a las condiciones de dicho contrato.

Y también puede argumentarse, que dicho contrato, actuando un fiduciario que ninguna relación previa tiene con el transmitente, no es perjudicial a sus acreedores.

En efecto, si analizamos el art. 119 de la ley concursal, que consagra la denominada ineficacia por conocimiento de la cesación de pagos, observaremos que los requisitos para la procedencia de esta acción son:

- a) Debe tratarse de actos “perjudiciales” para los acreedores.
- b) El acto debe haber sido otorgado en el período de sospecha
- c) Quien celebró el acto con el ahora fallido, debe haber tenido conocimiento del estado de cesación de pagos de su cocontratante.
- d) Está a cargo del tercero probar que el acto no causó perjuicio.

En el mismo sentido a lo que señalamos al abordar el carácter oneroso o no del acto, aquí destacamos que la transferencia fiduciaria que se ataca sin lugar a dudas es perjudicial para los acreedores del deudor común.

En concreto, recordemos que en virtud de la misma, se ha producido el egreso de un bien que integraba el patrimonio del deudor –prenda común de sus acreedores- que por obvias razones verá disminuido el valor del mismo atento esta “salida a título de confianza” del bien en cuestión.

Recordemos que la noción de perjuicio es la medida del daño causado en el patrimonio de una persona por un acto ilícito realizado por otra, o sea, la medida del daño material.

En materia de ineficacia concursal, nos enseña Dobson que existen al menos dos posiciones: La doctrina del remanente (la noción de perjuicio deriva de la insuficiencia patrimonial del deudor, por lo que perjuicio y cesación de pagos, son conceptos estrechamente vinculados) y la doctrina de la equivalencia de las prestaciones (el perjuicio es la disminución que efectivamente sufrió el patrimonio del deudor por el acto atacado). (Dobson, Juan Malcom, Período de sospecha y poderes del Juez frente a la ineficacia facultativa. La protección de los acreedores frente a los actos perjudiciales de un deudor insolvente, en Estudios de Derecho Privado Moderno, pág. 544 ty sig.)

El perjuicio que produce el acto en cuestión para los restantes acreedores insatisfechos, sin entrar a profundizar en esta ponencia que debe entenderse por perjuicio, es evidente, pues recordemos que en virtud de este fideicomiso un acreedor que antes no tenía esa garantía, en caso de incumplimiento de la obligación –que no podrá ser satisfecha pues ahora el deudor está en quiebra- ejecutará la garantía fiduciaria y cobrará su crédito con el producido del bien transferido fiduciariamente.

Es decir, habría un tratamiento “preferente” para un acreedor quirografario, que cobrará su acreencia con el producido de un bien que integraba el patrimonio del deudor común en detrimento de los

restantes.

Obviamente, partimos de la idea que el acto se celebró en el período de sospecha, pues de lo contrario, no estaría alcanzado por la posibilidad de su revocación.

De modo que, al igual que lo señalado en oportunidad de analizar la onerosidad del acto, juzgamos que nuestra jurisprudencia no podrá admitir planteos que sostengan que un acto de esta naturaleza, por ser fiduciario, por no transferirse el bien en cuestión directamente al acreedor –aunque sí indirectamente, en el caso de incumplimiento de la obligación– no causan perjuicios a los restantes acreedores.

Afirmamos que el perjuicio es evidente.

Reiteramos: Un acreedor, en pleno período de sospecha, logró asegurar el cumplimiento de su obligación, aún en caso de quiebra del deudor, de un modo indirecto,

Y no logró tan respetable objetivo a través de, verbigracia, un fiador.

Pactó, fideicomiso en garantía mediante, que ante el no pago de su crédito, un tercero –que ahora es el dueño fiduciario del inmueble– liquide dicho bien, que hasta ese momento formaba parte del activo falencial, para satisfacer el crédito de un acreedor determinado.

La violación a la *pars conditio* es evidente.

Ergo, el acto debe revocarse.

Es interesante referirnos al tercer requisito de la acción. Esto es, que quien celebó el acto con el fallido tenía conocimiento de su estado de cesación de pagos.

En nuestro caso: ¿A quién nos referimos cuando hablamos de “quien celebró el acto con el fallido”, al fiduciario o al beneficiario del fideicomiso en garantía que será, en la generalidad de los casos, el acreedor garantizado?

Pues obviamente puede ocurrir que el fiduciario, aquél a quien transmitimos el bien a título de confianza sea un tercero que desconozca el estado de cesación de pagos del deudor.

Pero el beneficiario, repetimos en la mayoría de los casos, el acreedor garantizado, sabe y conoce perfectamente el estado crítico del deudor, y precisamente por ello acepta –¿exige?– la garantía a su favor.

Juzgamos que a fin de no perjudicar a los terceros de buena fe, debe interpretarse que la locución “quien celebró el acto con el fallido”, debe interpretarse en el sentido de abarcar no sólo al fiduciario sino también al beneficiario de la garantía cuando este sea el acreedor garantizado.

Es evidente que el beneficiario tenía conocimiento de la cesa-

ción de pagos de su deudor y por ello aceptó -¿recurrió?- a este mecanismo para asegurar su cobro fuera del concurso.

A contrario sensu, si hiciéramos una interpretación literal del artículo, e interpretáramos que quien celebró el acto con el fallido es el fiduciario, quedaría fuera del ámbito de la revocación este acto, precisamente porque quien recibió el bien en propiedad fiduciaria, no tenía conocimiento de la situación de crisis del fiduciante.

Interpretamos, nada más alejado de la realidad.

Entiéndase bien: Aquí el verdadero garantizado, el interesado, no es el fiduciario, a quien se le transmitió el bien a título de confianza.

Precisamente porque esa transferencia no es definitiva, es transitoria porque si la obligación se cumple -en la quiebra no habrá forma de lograrlo- el bien retornará al patrimonio del deudor, y en caso de incumplimiento, se liquidará y con su producido se cancelará el crédito del acreedor.

Entonces es evidente que si bien *formalmente* la transferencia se hizo el fiduciario, en la realidad y en última instancia, lo fue al acreedor garantido, quien no obtendrá la titularidad del bien, pero sí su producido dinerario, y con ello, logrará la satisfacción de su crédito.

Para culminar con el análisis de los requisitos legales, es obvio que si el tercero acredita que el acto no causó perjuicio, el mismo no será revocable, pues, verbigracia, de acreditarse tal circunstancia, no habría razón para privar de efectos a un acto voluntariamente celebrado por las partes, en la medida en que se produzcan perjuicios a los terceros que la ley intenta tutelar.

En síntesis, en lo vinculado con el artículo 119 nos hemos propuesto señalar cómo pese a que literalmente tal vez no se cumplan los requisitos del artículo 119 (acto a título oneroso-fiduciario; conocimiento de la cesación de pagos por el tercero-fiduciario-beneficiario) entendemos que dicha norma es aplicable al fideicomiso en garantía celebrado en el período de sospecha, y en consecuencia, la revocación será procedente.

Tal vez el objetivo de la presente ponencia sea juzgado como superfluo o sobreabundante.

Entendemos, humildemente, que pretender aclarar supuestos de procedencia de acciones que tienden a mantener incólume el patrimonio del fallido, en beneficio de los acreedores concurrentes, nunca es ocioso ni sobreabundante; pues de ese modo alentaremos el uso de nuevas figuras -como la que nos ocupa- sin que ello perjudique a los terceros de buena fe.

EL FIDEICOMISO EN GARANTÍA Y LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL ART. 118 DE LA LEY 24.522:

También señalamos al comienzo de este trabajo que nos referiríamos a la ineficacia de pleno derecho, regulada en el art. 118 y su vinculación con el fideicomiso en garantía.

En efecto, el art. 118 de la ley concursal señala: **ACTOS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces respecto de los acreedores los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, que consistan en: ... 3) Constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía. ...**

En primer lugar, recordemos que este artículo fue reformado en el año 1995 a partir de sanción de la ley 24.522, modificando sustancialmente el sistema vigente en la ley 19.551 en la materia.

Específicamente en el inciso que nos ocupa, la modificación -se especula que en virtud del lobby que ejercerán las entidades financieras- consistió en que solo serían declaradas ineficaces las hipotecas, prendas, y otras preferencias constituidas en el periodo de sospecha, en tanto y en cuanto la obligación principal no haya estado vencida.

A contrario sensu, si el acreedor cuyo crédito aún no está vencido constituye, por ejemplo, una hipoteca en seguridad del mismo en el período de sospecha, en la posterior quiebra que se le declare, la misma será ineficaz de pleno derecho.

Pero ello no ocurrirá si la preferencia, aún constituida en el período de sospecha, tiene como antecedente una obligación vencida.

Formulada esta aclaración previa, sólo para ubicarnos en la cuestión pues su análisis y casuística no constituyen el objeto de este trabajo, nos interrogamos:

¿Es el fideicomiso en garantía una “preferencia” que autorice su tratamiento en el marco de este inciso?

Pues si así fuera, sabrá quien constituye un fideicomiso en garantía en el período de sospecha respecto de obligación vencida, que dicho acto, al menos, no será revocable de pleno derecho; siendo obviamente y a tenor de nuestra postura revocable por conocimiento del estado de cesación de pagos, si se dan los demás requisitos del art. 119 de la ley concursal.

Y en caso de dar una respuesta negativa, entendiendo que el artículo al hablar de “preferencias” se refiere a los privilegios, que regula el art. 3875 del Código Civil, entre los cuales obviamente no está incluido el fideicomiso en garantía, nos volvemos a interrogar:

¿Está jurídicamente protegido quien, para garantizar su crédito

recurre a esta nueva figura –cuya utilización; todos propugnamos- y ahora se encontrará en la quiebra del deudor, con un acto revocable de pleno derecho a tenor del 118 según lo propusimos supra, cuando en realidad, debió entenderse a esta garantía como tal (verbigracia, como si hubiese constituido una hipoteca o una prenda) y en tal caso, evitar la declaración de ineficacia –al menos la de pleno derecho?

Nuestra respuesta es que, la constitución de un fideicomiso en garantía, en el período de sospecha, constituye una forma de garantizar el cumplimiento de una obligación, de modo que si la misma estaba vencida al momento de su otorgamiento, el acto no será revocable de pleno derecho, aunque tal conclusión no se desprenda, automáticamente de la letra del art. 118 de la ley concursal.

Obviamente, siempre quedará a salvo, el remedio del art. 119, como lo explicitamos supra.

Decíamos al comienzo de este trabajo que aceptamos la existencia del denominado fideicomiso en garantía, pero sabemos que no pocas voces se han alzado en su contra, estableciendo no sólo su inconveniencia sino más aún su ilicitud.

Así se ha expresado un autor, al señalar entre otras apreciaciones que “el fideicomiso garantía no tiene cabida en nuestro derecho porque a pesar de no estar expresamente prohibido –lo que en principio lo tornaría lícito por aplicación del artículo 19 de la Constitución Nacional- viola irremediabilmente tanto normas de orden público de jerarquía constitucional y legal como la esencia misma del contrato de fideicomiso, plasmada en la ley 24.441” (Leopoldo Peralta Mariscal, ¿Fideicomiso de garantía? Neuralgias y cefaleas garantizadas! La ley 12 de julio de 2000)

Nos enrolamos en la postura que admite su vigencia, y lo hacemos pues estamos convencidos que una mayor flexibilidad en la concepción del instituto, permitirá su uso generalizado en la práctica de nuestros negocios.

Pero reiteramos: El fideicomiso –en garantía, en el supuesto que hoy nos proponemos analizar- no puede convertirse en un mecanismo apto para defraudar a los acreedores del constituyente.

No admitimos que la incorporación de nuevas figuras contractuales que son de amplia aplicación en otros países, lo sea para burlar los derechos de terceros, para ocultar bienes, etc.

Por ello propugnamos una interpretación de la figura ante la quiebra del constituyente como la señalada supra; es decir, que ante la realidad de los hechos, y el perjuicio que produzca en los restantes acreedores que no “aprovecharon” los beneficios del instituto, acarree la ineficacia del acto de garantía por conocimiento de la cesación de

pagos del deudor.

Asimismo, juzgamos que, a los efectos de lo dispuesto en el art. 118 inc. 3 de la ley concursal, debe juzgarse al fideicomiso de garantía precisamente, como la forma de garantizar un deuda que, si estaba vencida y pese a constituirse en pleno período de sospecha, no será revocable de pleno derecho, sino y dándose los demás requisitos establecidos en el artículo siguiente, por conocimiento de la cesación de pagos del deudor.-