

## El fideicomiso de garantía:

### Una lectura sobre las acciones de ineficacia concursal

Dr. Esc. Juan Mailhos Gallo[1]

#### I. Introducción [\[arriba\]](#)

El Código Civil y Comercial incluye como novedad la regulación expresa del denominado fideicomiso de garantía (no contemplado originariamente en la Ley N° 24.441). En el mundo de los negocios actual, el fideicomiso con finalidad de garantía ha tomado protagonismo, como una herramienta dúctil y eficaz para asegurar una respuesta ante el incumplimiento de las obligaciones, con ventajas tanto para el acreedor como para el deudor (respecto de las garantías reales tradicionales como lo son la hipoteca y la prenda).

El fideicomiso de garantía puede definirse como el contrato por medio del cual el fiduciante, transfiere la propiedad fiduciaria de uno o varios bienes determinados a una tercera persona (denominada fiduciario) en garantía de una obligación -propia o ajena- contraída con un tercero (el beneficiario), para que en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario liquide los bienes y con su producido cancele las obligaciones incumplidas con el beneficiario, en un todo conforme con los términos acordados en el contrato de fideicomiso[2].

En este mismo sentido, Pérez Hualle define a esta modalidad contractual como el contrato por el cual:

“una persona (fiduciante) transfiere a otra (fiduciario) la titularidad fiduciaria de bienes con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a su cargo o a cargo de un tercero, debiendo el titular fiduciario proceder, una vez acreditado el incumplimiento, de conformidad con lo mandado en el pacto de fiducia”[3].

Rompiendo con los modelos tradicionales de la teoría clásica del patrimonio como atributo de la personalidad, el fideicomiso (incluyendo aquellos con finalidad de garantía) se sostiene sobre la base de la existencia de un patrimonio de afectación independiente del patrimonio del fiduciario, del fiduciante y del beneficiario. En concreto, el art. 1685 del Código Civil y Comercial establece que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario. Esta norma es complementada por el art. 1866, el cual dispone los efectos de la separación patrimonial antes referida, esto es, que los bienes fideicomitados quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Asimismo, tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, “quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal”.

Ahora bien, más allá de que por expresa disposición legal los bienes que integran el patrimonio fiduciario constituyan un patrimonio autónomo exento de las acciones singulares y colectivas de los acreedores del fiduciante y del fiduciario, ello no impide que frente a una hipótesis de quiebra del fiduciante, el contrato de fideicomiso no pueda ser declarado inoponible respecto de la masa de acreedores concursales por vía de las acciones de “ineficacia concursal” (tal como lo dispone el Código Civil y Comercial). En este informe nos detendremos a analizar, en concreto, si frente a la quiebra del fiduciante de un fideicomiso de garantía, es posible la

declaración de ineficacia concursal por la vía regulada en el numeral 3) del art. 118 de la Ley N° 24.522.

## II. El tema en cuestión: Aplicabilidad del numeral 3) del art. 118 [\[arriba\]](#)

Recordemos que el régimen de concursos y quiebras vigente prevé un sistema de inoponibilidad tendiente a evitar que los actos realizados por el fallido durante el periodo de sospecha causen una disminución de la garantía común de los acreedores o desigualdades distributivas injustificadas entre los acreedores. Así, el legislador reguló un sistema mixto de actos ineficaces creando dos categorías: (i) los actos ineficaces de pleno derecho (art. 118) y (ii) los actos ineficaces por conocimiento<sup>[4]</sup> del estado de cesación de pagos del deudor (art. 119).

En concreto, numeral 3) del art. 118 prevé como acto ineficaz respecto de los acreedores concursales, siempre y cuando sea realizado por el deudor fallido en el periodo de sospecha, la constitución de hipoteca, prenda “o cualquier otra preferencia”, respecto de cualquier obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía.

Planteada esta introducción, corresponde preguntarnos si la constitución de un fideicomiso en garantía configura una “preferencia”, y, por ende, es pasible de ser declarado inoponible de pleno derecho en los términos del numeral 3) del art. 118. Desde ya, adelantamos nuestra posición en cuanto a que consideramos la celebración de un contrato de fideicomiso con finalidad de garantía no supone la configuración de una preferencia, sin perjuicio de la aplicación del art. 119 (cumplidos los requisitos adicionales previstos en este último art.) y de las acciones de derecho común (art. 120).

Realizando una interpretación lógica sistemática de la normativa vigente, la preferencia concursal debe considerarse como sinónimo de privilegio en sentido amplio, como preferencia concedida a determinados créditos para ser pagados en mejores condiciones que otros. Así, el derogado Código Civil definía el concepto de privilegio como “el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro” (art. 3875). Por su parte, el vigente Código Civil y Comercial regula a los privilegios definiéndolos como “la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro” (art. 2573). Vemos que el legislador utiliza el término privilegio como término equivalencia a una preferencia de cobro que pueden invocar ciertos acreedores emergentes de una disposición legal y no de la convencionalidad entre las partes (art. 2574).

No todas las preferencias tienen igual forma de expresión. En algunos casos, la preferencia se manifiesta como un privilegio sobre el producto de los bienes del deudor, reconociéndose al acreedor un derecho a cobrarse con el producido de determinado bien con preferencia a otros acreedores. En otros casos, la preferencia se manifiesta como el derecho a reclamar ciertos bienes en especie, eximiéndolo de cobrar en moneda de quiebra. Por otro lado, existen casos que en las preferencias son de índole temporal, permitiendo al acreedor beneficiado cobrar cronológicamente con anterioridad a los demás<sup>[5]</sup>.

Ahora bien, la existencia de diversas preferencias con distintos alcances y formas de manifestación no desnaturaliza su condición de excepcionales en tanto quiebran con el principio de igualdad entre los acreedores frente al patrimonio de su deudor

común. Siendo los privilegios de característica excepcional, su interpretación debe ser -necesariamente- de tipo restrictivo[6].

El objeto del presente informe no radica en profundizar sobre la naturaleza jurídica de los privilegios, no obstante lo cual, consideramos que se trata de cualidades o propiedades de un determinado crédito al cual acceden y le dan al acreedor derecho preferente al cobro del mismo y que tienen su fuente en la ley. En este sentido, Rivera afirma que “en efecto, la mayor parte de nuestros autores sostiene que los privilegios son siempre legales, incluyendo a las preferencias que emanan de los derechos reales de garantía”[7]. En consecuencia y atento a su carácter legal, no podría en el ámbito judicial declararse la inoponibilidad de un fideicomiso de garantía, ya que dicha declaración se encontraría subordinada a que, previamente, el legislador consagre dicha figura como una preferencia (o privilegio) bajo la normativa concursal. En definitiva, siendo que el contrato de fideicomiso de garantía no reviste la categoría de privilegio concursal conforme a una norma legal, no resulta de aplicación el numeral 3) del art. 118 objeto de análisis.

### III. Conclusión [\[arriba\]](#)

Sin perjuicio de que fomentamos y promovemos la figura del fideicomiso, el mismo no puede constituir un mecanismo para defraudar, en forma indirecta, a los acreedores del fallido. En este sentido, entendemos conveniente abrir el debate respecto de la conveniencia (o no) de una reforma legislativa de forma tal de aclarar con precisión la posibilidad de declarar inoponible un fideicomiso de garantía al amparo del numeral 3) del art. 118 analizado.

Al día de la fecha, debe considerarse que un fideicomiso de garantía que cumple con los requisitos previstos en la disposición legal bajo análisis no configura un acto ineficaz de pleno derecho bajo el numeral 3) del art. 118 al no configurar una preferencia en los términos legales previstos por la propia normativa concursal y el Código Civil y Comercial, siendo procedente -en consecuencia- únicamente las acciones del art. 119 y 120 cumpliéndose con las exigencias adicionales allí previstas.

### Notas [\[arriba\]](#)

[1] Abogado y Escribano Público en la República Oriental del Uruguay.

[2] Rienzi, Lisandro; “Garantías” en “Derecho de la Empresa y del Mercado”, Tomo III, Directores: Miguel C. Araya y Marcelo R. Bergia, La Ley, 2008, pág. 669.

[3] Pérez Hualde, Fernando; “El Fideicomiso de Garantía y las Posiciones del Negocio Fiduciario en la Ley N° 24.441” en “Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso”, Directora: Beatriz Maury de González, Ad-Hoc, 199, pág. 213 y siguiente.

[4] Para parte de la doctrina, “cognosibilidad razonable” del estado de cesión de pagos del deudor fallido.

[5] Villanueva, Julia; “Privilegios”, Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 81.

[6] Fernández, Raymundo L., “Privilegios en general y privilegios en la quiebra”, en La Ley, 14-584; Fassi, Santiago C. - Gebhardt, Marcelo, Concursos y Quiebras. Comentario Exegético de la Ley N° 24.522. Jurisprudencia Aplicable, 6ª Edición Actualizada y Ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997.

[7] Rivera, Julio César - Medina, Graciela, “El tratamiento de los Privilegios en el Proyecto de Unificación Legislativa”, en *El Derecho*, 127-693.