

Riesgos de la constitución de una garantía con posterioridad al nacimiento de la obligación principal a la luz de la quiebra del deudor

Carlos A. Lovera
Corporate lawyer BAF Capital SA

1. Introducción a la cuestión planteada [\[arriba\]](#)

Este informe tiene como objetivo analizar, a la luz de la eventual quiebra del deudor, cuáles son los riesgos asociados al diferimiento de la constitución de un fideicomiso que ya se encontraba contemplada en el contrato que dio origen la obligación principal.

Asimismo, vamos a poner en análisis los antecedentes jurisprudenciales que traten sobre el riesgo de garantía posterior y en particular, si existe algún precedente que trate sobre la impugnación de un fideicomiso que fue instrumentado con posterioridad a una operación de financiamiento.

En tal sentido, trataremos de considerar si los eventuales riesgos, del deudor que al momento de contraer la obligación principal se encontraba in bonis, disminuirían en caso de que la obligación de constituir el fideicomiso en garantía ya se hubiese previsto en el contrato de financiamiento y se hubiese adjuntado su texto.

Nos permitimos poner de relieve que el presente informe se refiere sólo al supuesto de quiebra del deudor. Los riesgos aquí analizados se circunscriben únicamente a dicha hipótesis y no resultan aplicables a ninguna otra.

2. Anticipo de Opinión [\[arriba\]](#)

Adelantamos que, frente a la quiebra del deudor, el diferimiento en el tiempo de la constitución de la garantía que ya estaba prevista en el contrato que dio origen a la obligación principal, podría, bajo determinados supuestos, acarrear su ineficacia de pleno derecho, de acuerdo a las disposiciones del art. 118 de la Ley 24.522 (en adelante, la "LCQ").

Si bien hemos hallado algún precedente en sentido contrario, la doctrina y los fallos más trascendentes -en virtud de quién y cuándo los emitió- que mencionaremos, ha considerado que dicha garantía sería ineficaz de pleno derecho en la medida que su constitución se haya dado dentro del período de sospecha.

Por último, consideramos que prever en el contrato que da origen al fideicomiso como garantía de una operación comercial, el otorgamiento de una garantía real, a ser formalizada en determinado plazo -adjuntado su texto-, puede ser de utilidad consecuentemente para que el acreedor defienda la validez de dicha garantía en caso de que, ante la quiebra del deudor, fuese cuestionada. Estamos convencidos que la defensa tendrá un alto grado de razonabilidad ante el cuestionamiento.

3. Caso particular bajo análisis [\[arriba\]](#)

En este caso particular, una compañía financiera (en adelante, el “Prestamista”) negoció comercialmente otorgar un crédito (mutuo) a otra compañía (en adelante, la “Prestataria”) por un determinado monto en Dólares Estadounidenses. El plazo de devolución sería de 360 días y los intereses deberían abonarse por períodos trimestrales.

En garantía de dicha operación, la Compañía prestataria se obligaba a establecer un fideicomiso en garantía con créditos locales de la Prestataria, a entera satisfacción del Prestamista.

En ese contexto de estructuración de la operación, está contemplando que, por cuestiones operativas, que en estos casos se debe a la suscripción del contrato de fideicomiso y su respectiva registración, probablemente tenga que avanzar con el crédito (su desembolso) antes de poder constituir el fideicomiso.

4. Normativa bajo análisis para aplicar al caso concreto [\[arriba\]](#)

Resultan aplicables al caso bajo análisis, entre otras, determinadas disposiciones de la LCQ con relación a la quiebra; y las previsiones sobre el Fideicomiso y la Cesión de Créditos del Código Civil y Comercial de la Nación.

4.1. LA LCQ

La LCQ en su Título III[1], Capítulo II[2]; Sección III (la “Sección III”) regula el período de sospecha y sus efectos sobre los actos perjudiciales a los acreedores.

a. El Período de Sospecha

El período de sospecha es aquél que transcurre entre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la fecha de la sentencia de quiebra[3].

La fecha de inicio de la cesación de pagos se determina por resolución del juez del proceso concursal[4] y no puede retrotraerse a los efectos previstos en la Sección III, más allá de los dos años de la fecha de la resolución de quiebra o de presentación en concurso[5].

b. Actos Ineficaces

En la ley concursal existen dos categorías de actos realizados dentro del período de sospecha, susceptibles de ser declarados ineficaces: (i) los actos ineficaces de pleno derecho y (ii) los actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos.

i. Actos Ineficaces de Pleno Derecho

Por un lado, son ineficaces de pleno derecho -es decir sin necesidad de acción o petición expresa y sin tramitación- los actos realizados por el deudor que consistan en: i) Actos a título gratuito (p.e., donaciones); ii) Pago anticipado de deudas con vencimiento posterior al día de la quiebra; y iii) Constitución de hipoteca, prenda o cualquier otra preferencia (entre las

cuales la doctrina ha añadido el warrant y el fideicomiso) de deudas que originariamente no tenían esa garantía[6].

ii. Actos Ineficaces por Conocimiento de la Cesación de Pagos

También pueden ser declarados ineficaces “los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha...si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor”[7].

Se trata de supuestos mucho más genéricos, subjetivos y discutibles que en el caso anterior. Es por ello que la ley concursal dispone que la acción tendiente a declarar ineficaz un acto deba tramitar ante el juez de la quiebra y por vía ordinaria[8].

4.2. El Código Civil y Comercial

El fideicomiso se encuentra regulado en el Capítulo 30 del -“nuevo”- Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el “CCyC”).

Señalaremos algunas de las disposiciones del CCyC que nos parecen más relevantes a los fines del presente informe:

Con relación a los acreedores del fiduciario, se establece que los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal[9].

Claro que, para ello, el carácter fiduciario de los bienes debe ser oponible a terceros. Al respecto, el CCyC dispone que: El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos[10].

Para analizar el caso bajo análisis, debemos entonces acudir a las previsiones del CCyC con relación a los efectos de la cesión de derechos respecto de terceros: La cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables[11].

5. Doctrina y Jurisprudencia [\[arriba\]](#)

En este apartado nos referiremos a distintas cuestiones que hacen al análisis hasta llegar, en el acápite 5.6, al supuesto específico que se ha planteado en el caso particular.

5.1. Diferencia entre Contrato de Fideicomiso y Fideicomiso

Un elemento que nos parece importante señalar en el marco del análisis realizado es la distinción entre el contrato de fideicomiso y el fideicomiso propiamente dicho.

El contrato de fideicomiso nace cuando el fiduciante trasmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes al fiduciario. Por su parte, el fideicomiso recién nace con la constitución

del patrimonio separado o patrimonio de afectación, como suelen denominarlo en el derecho comparado (arts. 1682, 1685 y concs., CCyC, y arts. 11 y 14 de la ley 24.441), el que sólo se logra a través de la transferencia de la propiedad de los respectivos bienes. Ante la simple promesa de transferir en el futuro determinados bienes, estaremos frente a un contrato de fideicomiso, pero no ante un fideicomiso. Éste sólo existirá a partir del momento en que se concrete tal transferencia. Es decir, puede haber contrato de fideicomiso pero no simultáneamente un fideicomiso. En cambio, debe haber contrato de fideicomiso para que exista un fideicomiso[12].

5.2. Oponibilidad del Carácter Fiduciario de la Propiedad Frente a Terceros

Aun cuando exista el fideicomiso, y no sólo su contrato, no resulta suficiente para que la propiedad fiduciaria sea oponible a terceros. Tal como hemos visto, el carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos.

Bajo la vigencia de la ley 24.441, en términos que -en lo sustancial- resultan aplicables bajo las previsiones del CCyC se ha dicho que[13]:

La publicidad es esencial para que los efectos del fideicomiso valgan ante terceros, disponiendo el art. 12 de la Ley 24.441 que el carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos....(19)[14]

...En cuanto a las formalidades exigibles que menciona la ley como condición de la oponibilidad del fideicomiso frente a terceros en los casos de bienes no registrables, ello dependerá de la naturaleza de los mismos: si se trata de créditos, la transferencia será oponible a terceros desde que se notifique al deudor cedido... (21)[15] (el resaltado nos pertenece).

5.3. Los Derechos de Garantía Alcanzados por el Art. 118, inc. 3º de la LCQ: Cesión de Créditos y Fideicomiso de Garantía

Conforme explica Heredia[16], la norma en cuestión alude a la hipoteca y a la prenda como derechos (reales) de garantía susceptibles de caer en el ámbito de la ineficacia de derecho. La mención de esas dos garantías reales es meramente ejemplificativa... De tal modo, la previsión resulta aplicable tanto a las garantías típicas como a las atípicas.

El mismo autor[17] indica que en el marco del inciso 3 están comprendidas las siguientes garantías:...5) La cesión de crédito pro solvendo estipulada con función de garantía[18]; 6) El fideicomiso de garantía[19]...

5.4. Oponibilidad Frente al Concurso de las Garantías Reales Constituidas junto a Nuevos Créditos

La jurisprudencia sostiene que los actos de constitución de prendas, hipotecas u otras garantías reales de quienes se encuentran concursados preventivamente, son oponibles al concurso en tanto se hubieren otorgado créditos nacidos en tales ocasiones[20].

5.5. Garantías Reales Otorgadas con Posteriores al Nacimiento de la Obligación Principal pero Fuera del Período de Sospecha

Se ha entendido que es eficaz el acto de constitución de un mutuo con garantía hipotecaria si, pese a estar destinado a atender obligaciones anteriores del fallido y de terceros que no contaban con esa clase de garantía..., dicha constitución fue hecha fuera del período de sospecha (el resaltado nos pertenece)[21].

5.6. Garantías Reales Otorgadas con Posteriores al Nacimiento de la Obligación Principal y Dentro del Período de Sospecha

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que, en este supuesto, la constitución de la garantía puede ser declarada ineficaz de pleno derecho, aunque como veremos, la cuestión puede dar lugar a diferentes interpretaciones:

...no puede sostenerse que la garantía fiduciaria nació conjuntamente con el contrato de mutuo por la sola mención que las partes hicieron en el mismo y para la quiebra solo resulta oponible desde la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia a Buenos Aires. Ergo, el crédito nació sin garantía y luego le fue otorgada casi un año después, durante el período de sospecha. Por lo tanto este acto cae en la previsión del art. 118 inc. 3, por cuanto importó conceder una preferencia para el acreedor consiste en la atribución del dominio de bienes determinados a favor del fiduciario que para éste ejerza dicho dominio en beneficio de otra persona.[22] (el resaltado nos pertenece).

En un sentido similar se ha sostenido:

Si un contrato de hipoteca o prenda fue celebrado antes del período de sospecha pero se inscribe con posterioridad, resulta inoponible a los acreedores, pues es decisiva la anotación registral para que la hipoteca tenga eficacia contra terceros conforme el art. 3135 del Código Civil y lo mismo ocurre con la prenda con registro de acuerdo al art. 19 del decreto-ley 15.348/46. Distinta es la solución si el gravamen real se anotó dentro del plazo legal de seis días para el caso de hipoteca que puede ampliarse por la distancia, y 24 horas para la prenda con registro, pues en esos supuestos tendrá efectos contra terceros desde el día del otorgamiento de la hipoteca o prenda con registro[23] (el resaltado nos pertenece).

Finalmente, en un fallo de la Sala B en el que los camaristas han analizado con detenimiento un caso análogo al que planteamos en el presente informe, se ha dicho:

De conformidad con lo dispuesto en el art. 118 inc. 3 de la ley 24.522 es ineficaz de pleno derecho la garantía fiduciaria celebrada por el fallido con relación a tres inmuebles, dentro del período de sospecha para garantizar las obligaciones que asumidas en un mutuo celebrado con un año de antelación, pues si bien en este último instrumento las partes manifestaron que otorgarían una garantía fiduciaria en respaldo de las obligaciones allí asumidas, ello no puede interpretarse como que ambos actos jurídicos fueron otorgados contemporáneamente, dado que, si para la transmisión de la propiedad fiduciaria de inmuebles es exigible la escritura pública. [24]

El acto jurídico en cuestión es formal y sólo puede considerarse perfeccionado una vez que se ha otorgado la respectiva escritura traslativa de dominio más allá de que la intención de

las partes en realizar la operación datara de una época anterior al inicio de la cesación de pagos. (CNCom, sala A. en autos caratulados “Aguilar Peñalva Guillermo Arturo s/quiebra s/incidente de ineficacia concursal” de fecha 25/08/2009).

Cabe agregar que para los terceros y la quiebra es uno de ellos, el contrato de fideicomiso cuestionado resultó oponible a partir de su fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia a Buenos Aires...[25] (el resaltado nos pertenece).

Con relación a este último fallo cabe destacar algunos aspectos que consideramos relevantes y de los que se desprendería que la cuestión puede resultar controvertida:

El fallo de la alzada que citamos indica que en primera instancia se había resuelto en sentido opuesto. Es decir, el juez de primera instancia había considerado que la garantía no resultaba ineficaz de pleno derecho.

El argumento para rechazar la declaración de ineficacia de pleno derecho fue justamente que el mutuo original ya preveía el otorgamiento de una garantía fiduciaria. En virtud de ello, consideró que la garantía no era posterior al acto, sino que había sido concomitante.

En sentido contrario a los precedentes hasta aquí citados y en concordancia con la referida sentencia de primera instancia, Rivera[26] señala un fallo de vieja data:

No quedan comprendidos en la hipótesis legal ([27]):... (ii) el derecho real que ha sido prometido en el acto de otorgamiento del crédito, aunque haya sido constituido después (conf. CNCom., sala B, 19-8-82, LL 1983-B-25 y jurisprud. cit. En el dictamen del fiscal de Cámara).

6. Conclusión [\[arriba\]](#)

Luego del análisis del caso concreto planteado, junto con todas las consecuencias que pueden suscitarse tanto en la faz jurídica como práctica, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

Sólo pueden ser declarados ineficaces de pleno derecho los actos (previstos de manera no taxativa en el art. 118 de la LCQ) otorgados durante el período de sospecha y en caso de quiebra del deudor.

El fideicomiso en garantía es uno de los actos que pueden quedar comprendidos en la previsión del art. 118 de la LCQ.

La suscripción del contrato de fideicomiso no necesariamente implica la existencia del fideicomiso. Éste nace con la constitución del patrimonio separado o patrimonio de afectación.

La propiedad fiduciaria resulta oponible a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos. En el caso de la cesión de créditos, dicha oponibilidad depende de la notificación al deudor cedido.

La mayoría de los precedentes que hemos analizado han considerado que, en caso de quiebra del deudor, la constitución de una garantía (lo que incluye al fideicomiso) durante el período de sospecha debe ser declarada ineficaz de pleno derecho, en la medida que no haya sido concomitante con el otorgamiento de un nuevo crédito. Esta conclusión resulta aplicable aún si la constitución de la garantía ya se encontraba prevista en el contrato de mutuo original y ésta había sido celebrado fuera del período de sospecha.

Prever en el contrato de mutuo la inminente constitución de un fideicomiso en garantía, adjuntando su texto, podría aportar argumentos al acreedor para que, en caso que el deudor quebrase y se determinase que el fideicomiso fue constituido dentro del período de sospecha, intentase defender la validez de dicha garantía, mitigando así el descrédito de la constitución de la garantía, pudiendo ser defendida ante las objeciones de los acreedores interesados.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

o Carregal, Mario A.; “Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso” La Ley, 18/04/2016;

o Gotlieb, Verónica - Vezzoni, Malvina - Coppoletta, Sebastián C.”; “El acreedor laboral frente al fideicomiso”; LA LEY 27/10/2008;

o Giraldi, Pedro Mario, "Fideicomiso (Ley 24.441)", Depalma, Buenos Aires, 1998;

o Giraldi, Pedro Mario, op. cit., p. 110. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Tratado de los contratos", Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000;

o Heredia; “Tratado Exegético de Derecho Concursal”; T 4; Ábaco;

o LA LEY AR/LCON/09RP, Art.118 Ley 24.522 “Actos Ineficaces de pleno derecho”. Comentado por Adolfo A.N. Rouillón y Pedro J. Figueroa Casas;

o Roitman, Víto; “Ley de Concursos y Quiebras”; Rubinzal - Culzoni; Tomo II; 3º edición;

o Adolfo A. N. Rouillon, “Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522” complementaria del Código Civil y Comercial, Ed. Astrea, 17ª edición actualizada y ampliada.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Que trata sobre la quiebra.

[2] Que trata sobre los efectos de la quiebra.

[3] Cfr. Art. 116, 2º párrafo, LCQ.

[4] Cfr. Art. 115, LCQ.

[5] Cfr. Art. 116, 1º párrafo, LCQ.

[6] Cfr. Art. 118, LCQ.

- [7] Cfr. Art. 119, 1º párrafo, LCQ.
- [8] Cfr. Art. 119, 2º párrafo, LCQ.
- [9] Art. 1686 CCyC.
- [10] Art. 1683 CCyC.
- [11] Art. 1620 CCyC.
- [12] Cfr. Carregal, Mario A.; “Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso” La Ley, 18/04/2016; pág. 1.
- [13] “Gotlieb, Verónica - Vezzoni, Malvina - Coppoletta, Sebastián C.”; “El acreedor laboral frente al fideicomiso”; LA LEY 27/10/2008, 1.
- [14] Con cita de: GIRALDI, Pedro Mario, "Fideicomiso (Ley 24.441)", Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 110.
- [15] Con cita de: GIRALDI, Pedro Mario, op. cit., p. 110. LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratado de los contratos", Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 326.
- [16] Heredia; “Tratado Exegético de Derecho Concursal”; T 4; Ábaco; pág. 205.
- [17] Heredia; “Tratado Exegético de Derecho Concursal”; T 4; Ábaco; pág. 206.
- [18] Con cita de: App. Bologna, 26/7/68, Dir. Fall., t. 1968-II, p. 781; App. Roma, 7/12/82, “R. Rom.”, 83-342.
- [19] Con cita de: Kelly, J., Fideicomiso de garantía, JA, t. 1998-III, p. 782; Games, L., y Esparza, G. ob. Cit., ps. 103 y 104.
- [20] CNCom, Sala B, agosto 19-1982, “Talleres Metalúrgicos Navales Anglo Argentina s.a. S/ Concurso, Inc. de verif. por Banco Continental”, LL. 1983-B, 25.
- [21] “Courtois de Frabotta, Alcira A. s/ quiebra s/inc. de rev. por: Banco del Suquía”; 29/02/2000; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I; LLLitoral 2001 , 377 con nota de Guillermo E. Ribichini.
- [22] Casadío Martínez, Claudio Alfredo; “Ineficacia de la constitución de un fideicomiso de garantía durante el periodo de sospecha”; DCCyE 2012 (abril), 02/04/2012, 88.
- [23] LA LEY AR/LCON/09RP, Art.118 Ley 24.522 “Actos Ineficaces de pleno derecho”. Comentado por Adolfo A.N. Rouillon y Pedro J. Figueroa Casas.
- [24] Del sumario de CNCom, sala B; “Fluidmec S.A. s/quiebra s/incidencia de ineficacia concursal”; 15/11/2011; AR/JUR/76376/.
- [25] Del dictamen de la Fiscal de Cámara en: CNCom, sala B; “Fluidmec S.A. s/quiebra s/incidencia de ineficacia concursal”; 15/11/2011; AR/JUR/76376/.
- [26] Rivera, Roitman, Vítole; “Ley de Concursos y Quiebras”; Rubinzal - Culzoni; Tomo II; 3º edición; pág. 521/2.
- [27] Se refiere al otorgamiento de preferencia bajo la óptica del art. 118 de la LCQ.