

LAS GARANTIAS CON ASIENTO EN DERECHOS DE CREDITO.**Miguel C. Araya**

Resumen: Se analiza el crédito como bien jurídico susceptible de ser dado en garantía.

Palabras claves: crédito. cesión en garantía. prenda de créditos. fideicomiso en garantía. cesión de un crédito individual. cesión de cartera de créditos.

Abstract: Credit is analyzed as a legal asset that can be given as collateral.

Key words: credit. assignment in guarantee. pledge of credits. escrow in guarantee. assignment of an individual credit. assignment of credit portfolio.

A los ya tradicionales soportes de las garantías, como los bienes inmuebles y muebles, se le han sumado hace ya décadas una de las fuentes de ingresos con que cuenta una empresa: los derechos creditorios.¹

Las garantías modernas más difundidas hoy en el mundo de los negocios, son los derechos personales de contenido económico, que el empresario tiene frente a sus deudores; en definitiva, se trata ubicar al crédito como bien jurídico susceptible de ser dado en garantía, utilizando diversos institutos hoy actualizados en el Código Civil y Comercial: cesión de créditos en garantía, prenda de créditos, fideicomiso de créditos en garantía.

El tema que aquí se analizará se refiere, entonces, a aquellos supuestos en que el empresario ofrece como soporte de la garantía los derechos de créditos a su favor.

Esos derechos de crédito, a su vez pueden ser actuales o sea ya otorgados o pueden ser los flujos de fondo futuros, como es el caso del contrato de financiación de proyectos. Por supuesto que en este último caso el tema se vuelve más complejo, ya que se trata de créditos no generados aún.

Por otra parte, los instrumentos que acreditan esos derechos de crédito pueden ser variados, pero fundamentalmente podemos distinguir dos clases: aquellos derechos de crédito que no se encuentran incorporados a títulos valores (por ej. facturas) y aquellos derechos de créditos que sí se encuentran materializados en títulos como pagares, letra de cambio, cheques de pago diferidos y los llamados valores negociables incorporados a títulos cartulares o no, como las obligaciones negociables, los títulos de deuda emitidos a través de fideicomisos financieros.

En el primer caso, la transmisión de los derechos de créditos en garantía, se opera fundamentalmente, por el régimen de la cesión de créditos (hoy cesión de derechos, art. 1614 CCyC), con sus particularidades para el supuesto de prenda de créditos (art. 2232 CCyC).

En el segundo caso, la forma de transmisión de créditos, exige el endoso del título valor, que se formaliza en el cuerpo del mismo. (art. 1839 CCyC). Hay que recordar que, si el título valor es no cartular o escritural, el endoso debe anotarse en el registro del emisor o de aquella institución que lo lleva por orden de aquel. (art. 1850 CCyC).

¹ Riva, Jorge Luis- Alvarez Agudo, Graciela. Garantías modernas, pag. 32 y ss.

Los interrogantes que afectan a estas clases de garantías son fundamentalmente dos: a) los recaudos que deben cumplirse para transferir válidamente un derecho de crédito en garantía; b) el régimen aplicable en caso de concurso o quiebra del empresario transmitente de los créditos.²

Hoy abordamos el primero de los temas, mientras que postergamos el segundo para otra oportunidad.

CESION DE CREDITOS EN GARANTIA

La cesión en garantía hoy está expresamente regulada en el Código en el art. 1615 del CCyC que forma parte del Capítulo 26 sobre “Cesión de derechos”

Sabido es que Velez regulaba este contrato bajo la denominación de “Cesión de créditos” (art. 1434), y siempre se lo criticó por la estrechez de esa denominación que tendría que haber sido “Cesión de derechos”, error que la nueva legislación enmienda.

El capítulo arranca con la definición de la cesión en los siguientes términos: “Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no esté modificadas por las de este Capítulo” (art. 1614 CCyC)

Velez no reguló la cesión de créditos en garantía y ante su uso difundido se originaron diversos criterios acerca de cual debía ser el régimen aplicable a esa cesión de créditos en garantía.

Se planteó así un prolongado y rico debate acerca si la cesión era un negocio fiduciario, o si debía aplicarse en su regulación el régimen de la prenda de créditos.

Una tercera postura, Aida Kemelmajer de Carlucci, apuntaba a derivar la solución al texto del contrato en cuestión, afirmando que podía ser una cosa u otra, dependiendo de la intención de los contratantes, expresada en la letra del contrato.

Me explico: una parte de la doctrina, sostenía que era un negocio fiduciario, que había verdadera transferencia del crédito por parte del cedente al cesionario, y como consecuencia permitía al cesionario disponer del crédito cedido.

Ese fue el criterio adoptado por Augusto C. Belluscio, en autos: “Famatex SA c. Ferrocarril General Belgrano, que mereciera un elogioso comentario de Elías Guastavino.³

Más tarde esa postura recibió también acogimiento jurisprudencial en autos: “Constructora Gramublia Hnos. SA s/ quiebra c. Sindicato de Empleados Jaboneros” en estos términos: “Existen dos negocios coligados: 1) Uno de carácter dispositivo que es el contrato de cesión mismo, por el cual el sujeto cedente – fiduciante – transmite el crédito en plena propiedad a sujeto cesionario –

² Sobre este punto puede verse con provecho entre otros, Boretto, Mauricio. “Concurso, Fideicomiso en garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario”; Araya, Tomás-Teran, Mario. “El fideicomiso en garantía y la cesión de créditos en garantía como garantías autoliquidables ante la insolvencia”, en “El fideicomiso en las Sociedades y los Concursos”, pag. 183; Caputo, Leandro. “Fideicomiso en garantía y concursos: de las soluciones pretorianas a la necesidad de una reforma legislativa”, pag. 219, en la misma obra colectiva, Carregal, Mario. “Reflexiones sobre los fideicomisos en garantía y su problemática concursal.”, en “El Fideicomiso de garantía”, pag. 447

³ Fallo del 6 de octubre de 1972, en Jurisprudencia Argentina – 1972, 18, 497. El comentario de Guastavino, se titula “La transmisión de créditos en garantía” JA – 1972, 18. pags, 504/505. En igual sentido, Mosset Iturraspe, Jorge. Negocio fiduciario con fines de garantía (trust o fideicomiso en garantía). RDPC, No, 2, pag. 63 y ss.

fiduciario – 2) otro que se corresponde con el pacto de fiducia, paralelo a la traslación del derecho celebrado entre el sujeto fiduciante – cedente – y el que aparece como fiduciario – cesionario – mediante el cual se regulan y limitan las consecuencias de la fiducia y por el que el fiduciario se obliga a restituir el crédito cuando se pague la deuda garantizada”⁴

La otra postura, representada por Rivera,⁵ y Lorenzetti,⁶ entre otros, sostenía por el contrario que en el caso de una cesión de créditos en garantía, correspondía aplicar el régimen de la prenda de créditos.

En ese sentido se dijo “... la Sala ha admitido el encuadramiento de un contrato similar como prenda común sobre créditos emergentes de facturas (v. Tutelar Compañía Financiera SA c/ Lido Plast SA y otro. s/ordinario” (21/10/94) y también ha dicho que la cesión de un crédito – sin contraprestación por esa cesión – en garantía de otra operación constituye en definitiva una prenda (v. Flor de Lis SA, 14/6/90.)⁷

Como se advierte la diferencia no es menor, ya que en un caso el cesionario, cumplidas las formalidades de ley, es titular del crédito, frente al cedente y frente a terceros (deudor cedido y acreedores de éste), y en el caso de la prenda no lo es, ya que solamente es titular de un derecho al cobro, con privilegio.

Una tercera posición, como se ha dicho, es la postura de Aida Kemelmajer de Carlucci, vertida en el caso: “Banco de Mendoza en J: 22.216 compulsa en Carbometal SAIC p/ C.C.P. s/ Cas. 6/8/97, que sostuvo que establecer la naturaleza de la cesión cuestionada era “una cuestión de hecho, porque supone la búsqueda de la voluntad de las partes”⁸. Veamos como resuelve el Código estos diversos criterios jurisprudenciales:

Dice hoy el nuevo régimen: “Art. 1615: Cesión en garantía. Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario”.

Una primera aclaración: La cesión de créditos es un contrato consensual, y en consecuencia se perfecciona entre partes, por el simple acuerdo.

Pero para tener efectos sobre terceros (deudor cedido, acreedores del cedente) se requiere la notificación al deudor cedido.

Ésta en el régimen anterior era muy restrictiva, en la medida que se requería que esa notificación debía practicarse por “acto público”, exigencia excesiva, aun después de ser morigerada por la jurisprudencia. (ver artículo 1467 del Código Civil)

Ahora, el régimen es mucho más benévolo ya que sólo requiere que esa notificación se realice a través de “instrumentos público o privado de fecha cierta” (art. 1620 CCyC)

Y en el contrato de factoraje las exigencias aún son menores en la medida que se reclama “cualquier medio que evidencie razonablemente la recepción por parte de éste” (art. 1428 CCyC).

En segundo lugar, queda claro que ahora, al régimen de la cesión de créditos en garantía se aplica las reglas sobre prenda de créditos, en las relaciones entre cedente y cesionario. (art. 1615 CCyC).

⁴ CNCom, Sala D, 9/9/2008, La Ley on line, AR/JUR/9928/2008. voto del Dr, Pablo Heredia.

⁵ Rivera, Julio C. “Cesión de créditos en garantía”, La Ley, t. 1991, C, pag. 867.

⁶ Lorenzetti, Ricardo. “Tratado de los contratos”, T. II, pag. 79/80

⁷ CNCom, Sala E, 4/4/1997, en autos: “Foxrman Fueguina SA s/concurso preventivo. s/Incidente de restitución de fondos, con comentario favorable de Julio C. Rivera. “La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente”. E. D. tomo 173, pag. 445.

⁸ El Derecho, t. 180, pag. 514.

En consecuencia, si nada se ha pactado, a la cesión de créditos en garantía se le aplican las reglas de la prenda de créditos.

Nos preguntamos si se puede pactar en contrario; o sea pueden las partes involucradas resolver que la cesión de créditos en garantía, constituye un doble negocio: dispositivo, traslativo del crédito y una fiducia que obliga a devolver en el supuesto de cumplimiento de la obligación principal. Entendemos que sí y esta postura encuentra apoyo en lo dispuesto en el art. 962 del CCyC que establece que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte su carácter de indisponible⁹

PRENDA DE CREDITOS

La prenda de créditos, ha merecido una regulación específica en el Código. (art. 2232)

La nueva regulación impone dos condiciones para realizar este negocio:

-Que el derecho de crédito conste por escrito no siendo necesario que se encuentre ese derecho de crédito incorporado al mismo como es el supuesto de los títulos valores.

-Debe tratarse de un crédito que pueda ser cedido.

Este regimen, mantiene, sin embargo, una exigencia que era propia del Código de Velez: la constitución de una prenda de créditos exige la notificación al deudor del crédito prendario (art. 2233 CCyC).

En esta materia, como se ha dicho, la reforma avanza sobre el Código de Velez, aunque no en forma substancial.

Sin embargo, la necesidad imperiosa de movilizar el crédito, propia de una economía de mercado, ha impuesto ya modificaciones a ese sistema cuando se trata de una cartera de créditos, presentes o futuros, dada en prenda.

En efecto, la ley de financiamiento productivo No. 27.440 dispone en su artículo 142, lo siguiente: "II. Oponibilidad: En el caso de garantías prendarias o de otro tipo, sobre créditos presentes y futuros del giro comercial del deudor o de un garante, a los efectos de la oponibilidad frente a terceros en los términos del art. 1.620 del Código Civil y Comercial de la Nación, será suficiente la publicación por la parte prendante de un aviso de cesión en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción de la sociedad¹⁰ y en uno de los diarios de mayor circulación a nivel nacional, dando cuenta del otorgamiento de la garantía o la cesión en prenda al agente de la garantía de los créditos presentes y futuros, sin que sea necesaria, a tales efectos, la notificación específica al deudor cedido"

Es de hacer notar que previamente a este inciso II, el mismo artículo 142, inciso I, aceptaba lo que es de práctica en los créditos sindicados, que es la designación de un agente de garantía, que actuará en los contratos para financiamientos colectivos, entendiéndose por tales aquellos en los que exista dos o más acreedores. Ese agente de garantía actuará en beneficio de los acreedores y a prorrata de sus créditos.

⁹ Heredia, Pablo D. "Cesión de derechos en garantía" RCCyC, No. 9, octubre de 2017, pag. 109. En igual sentido, Hernandez, Carlos y Trivisonno, Julieta. Cesión de derechos, en La Ley, t. 2013, F, pag. 940

¹⁰ Adviértase que este beneficio solo es concedido a favor de las sociedades y en relación a los créditos emergentes del giro su giro comercial.

Además, cabe destacar que también se reforma el régimen de las obligaciones negociables (ON), ley No. 23.576, en su artículo 3, que se suprime para ser sustituido por el siguiente texto:

“Las obligaciones a que hace referencia el artículo 1 de la presente ley, pueden emitirse con garantía flotante, especial o común. Las garantías se constituyen por las manifestaciones que el emisor realice en las resoluciones que dispongan la emisión y deben inscribirse, cuando corresponda según el tipo, en los registros pertinentes. En el caso de constitución de garantías prendarias de créditos presentes y futuros, la notificación a los deudores cedidos, a los efectos de su oponibilidad de dicha garantía prendaria y cesión respecto de terceros en los términos del art. 1.620 del Código Civil y Comercial, se tendrá por practicada mediante la publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina del aviso contemplado en el artículo 10 de la presente ley. Esta disposición también será de aplicación para las garantías prendarias y cesiones fiduciarias en garantía¹¹ de créditos presentes y futuros que garanticen valores negociables emitidos por el Estado nacional, las provincias, la ciudad autónoma de Buenos Aires, los municipios y los entes autárquicos.” (art. 144, ley 27.440)

Este camino tendiente a aligerar las exigencias de notificación al deudor cedido, en el caso de cartera de créditos, presentes o futuros, ya se había iniciado con la sanción de la ley de “Financiamiento de la vivienda y de la construcción” No. 24.441 (arts. 70,71 y 72) en el sentido que la exigencia de la notificación al deudor cedido, como forma de oponibilidad en relación a terceros, se podía obviar, si existía previsión contractual expresa. (art. 72, inciso a), ley 24.441)¹²

Ahora se amplía a las cesiones de créditos o prenda de créditos, que se otorguen como garantías de cartera de créditos tanto presentes como futuros, por la sanción de la ley de financiamiento productivo (No. 27.440), tanto para fideicomisos financieros con o sin oferta pública, la prenda de créditos para financiamiento colectivo o dada garantía de emisión de obligaciones negociables.

En tales casos, la notificación al deudor cedido se sustituye por la inscripción de la transmisión en el registro creado por la Comisión Nacional de Valores (si hay oferta pública), o su publicación en el Boletín Oficial y en un diario de mayor circulación a nivel nacional o la simple publicación en el Boletín Oficial, en el caso que los créditos cedidos lo sean para garantizar el pago de ON emitidas por la sociedad deudora.¹³

En cuanto a la ejecución de los bienes dados en prenda, que ha sido notablemente aligerada a partir del art. 2229 del CCyC, hay que tener presente que fundamentalmente en el caso de la prenda de créditos, el acreedor ejecuta a través del cobro de ese crédito.

El Código, sin embargo, ha tratado también un supuesto excepcional que es cuando la prestación percibida por el acreedor no es dineraria, en cuyo caso sí es de utilidad la aplicación de las nuevas reglas sobre ejecución. (art. 2234 CCyC)

Perfiladas de esta manera las coincidencias y diferencias entre ambas figuras (cesión de créditos, prenda de créditos), analizaremos ahora la problemática de su autoliquidación, que marca una de las tendencias características propias del moderno régimen de las garantías.

¹¹ La ley pareciera aceptar una ampliación mayor en el caso que la emisión de valores negociables sea realizada por el Estado, en sus diversas variantes, ya que incluye no sólo las garantías prendarias, sino también las cesiones fiduciarias. Esta diferenciación nos parece arbitraria.

¹² Es importante señalar que esta norma, que fue señera en el tema que nos ocupa, también se ha modificado por la Ley de Financiamiento productivo, en el sentido de ampliar sus supuestos. (art. 29 y 30)

¹³ Kenny, Mario O. “Ley 27.440 de financiamiento productivo. Modificaciones en temas de Fideicomiso y de cesiones de créditos” en Reformas del Mercado de Capitales, agosto de 2018, La Ley, pag. 97. También, en la misma obra, Elespe, Douglas. “Observaciones y características de la nueva Ley de Fomento Productivo”, pag. 17.

Ambas garantías son autoliquidables, como lo sostiene Alegría.¹⁴

La cesión de crédito en garantía, concebida como negocio fiduciario, lo es por definición, ya que, habiéndose producido la transferencia del crédito al acreedor, por la cesión (en la medida que se hayan cumplido la notificación) inclusive con efectos frente a terceros, operado el vencimiento de la obligación principal, el acreedor puede proceder al cobro del crédito objeto de la garantía en forma directa.

En cuanto a la prenda de créditos, sucede lo propio. El acreedor no es titular del crédito, pero tiene en su poder el instrumento que opera como elemento probatorio del mismo y además la prenda se ha constituido con notificación al deudor cedido.

Operado el vencimiento sucede lo mismo: el acreedor prendario cobra el crédito del tercero (deudor cedido) y restituye el excedente al deudor prendario.

FIDEICOMISO DE CREDITOS EN GARANTIA

Es bien sabido que más allá de la escasa regulación del fideicomiso por parte de Velez, este instituto ingresó con una normativa plena en el derecho argentino, a través de la sanción de la ley No. 24.441 de Financiamiento de Vivienda y la Construcción.

Allí sólo se regulaba el fideicomiso ordinario, el testamentario y el financiero. Nada se decía del fideicomiso utilizado con fines de garantía.

Ello motivó un acalorado debate sobre su legitimidad en el derecho argentino, aunque mayoritariamente fue admitido en doctrina y utilizado en la práctica en especial en el mundo financiero.¹⁵

Así las cosas, la ley No. 26.994, reformó el regimen anterior y además de otras mejoras incluyó expresamente en su regulación el fideicomiso en garantía. Analizaremos aquí sólo aquellos fideicomisos en garantía que tienen por asiento un derecho de crédito.

Dice hoy el artículo 1680. "Fideicomiso en garantía: Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes".

La regulación sobre el punto se completa con la siguiente norma:

Art 1673: Fiduciario: El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. ...El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato"

Diremos, entonces, que fundamentalmente a partir del nuevo regimen legal sobre el contrato de fideicomiso se admite expresamente el fideicomiso en garantía dejando de lado toda duda sobre su legalidad.

¹⁴ Alegría, Héctor. Garantías autoliquidables, RDPC, t. 2, pag. 158. En igual sentido, Boretto, Mauricio. "Las garantías autoliquidables", pag. 228 y ss.

¹⁵ Ver especialmente Carregal, Mario. "Fideicomiso en garantía. Lícito y necesario", en La Ley t. 2000 D, pag. 948.

Además, el art. 1673 despeja otra duda que planteaba la doctrina: la posibilidad que el fiduciario sea beneficiario. Ya sabemos que no puede ser fideicomisario (art. 1676), pero la discusión si podía o no ser beneficiario, ha terminado.

Ahora sí se puede, lo que tiende a facilitar el uso de esta figura.¹⁶

En los fideicomisos en garantía existen tres sujetos vinculados entre sí: el fiduciante, deudor de la obligación; el fiduciario, a quien se le transmite el derecho de crédito, y el beneficiario, quien en definitiva percibirá el resultado de la ejecución, en caso de incumplimiento de la obligación principal. Esto no significa que el fiduciario pueda adquirir los bienes transmitidos en garantía para sí: siempre debe ejecutar, lo que no parece complicado en el caso de que la ejecución sea cobrar el crédito.

Es una garantía autoliquidable.¹⁷ No hay dudas de ello, mucho menos ahora que está regulado y que expresamente el art. 1680 del CCyC, así lo dispone.

El tema que en este instituto merece una mirada específica, como se ha anticipado, es la manera de transmitir el crédito dado en garantía.

Sabido es que, para el regimen del fideicomiso financiero, la legislación específica sancionada en el año 1995 (ley No. 24.441), estableció un sistema propio.

En efecto, al sistema del Código Civil de Velez de cesión de créditos, era totalmente impropio si se pretendía difundir la securitización, acogida en nuestro ordenamiento jurídico como fideicomiso financiero.

Esta forma de movilización del crédito exigía un sistema ágil, que admitiera no sólo la cesión global de créditos presentes y futuros, sino que también consagrara un esquema que permitiera invocar tal transmisión tanto al deudor cedido como al tercero.

Un proceso de securitización con obligación de notificar por “acto público”¹⁸ al deudor cedido hacía prácticamente era imposible su difusión.

Como consecuencia de ello, la ley especial (No. 24.441), estableció un sistema propio de cesión de créditos, que excepcionaba el sistema general, en sus artículos 70,71 y 72.¹⁹

Allí se disponía, entre otros aspectos, que si cedían derechos como componentes de una cartera de créditos para “garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública” (art. 70, inciso a) no era necesaria la notificación al deudor cedido siempre que existiese previsión contractual en tal sentido. A continuación, se afirmaba que la “cesión será válida desde su fecha” (art. 72, inciso a).

Como consecuencia de ello, si la cesión de derechos comprendía una cartera de créditos, para garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública, y existía una previsión contractual expresa, no se requería notificación al deudor cedido, siendo valida la cesión entre partes y también con relación a terceros.

¹⁶ A favor de su legalidad bajo el regimen de la ley No. 24.441, CSJ, 4/11/2003, en autos: “E.C.G. SA c/ Banco Hipotecario Nacional. También: CNCiv. Sala B, 5/9/2006, en autos. “Donolo, Dario c. Banco Hipotecario Nacional SA. Por nuestra parte manifestamos disconformidad con la solución del Código y abogamos por un criterio en la materia similar al propuesto en el Proyecto de Código Civil, del año 1998, en su art. 1466, adonde se propugnaba esta autorización de los fideicomisos en garantía sólo a favor de entidades financieras.

¹⁷ Alegría, Héctor. “Las garantías autoliquidables” RDPC. T. 2, pag. 149. Boretto, Mauricio. “Las garantías autoliquidables”, pag. 260

¹⁸ Así lo exigía el Código Civil derogado en su artículo 1467.

¹⁹ Araya, Miguel. “Fideicomiso y Concursos” edición homenaje al Dr. Ricardo Prono, UNL, pag. 89 y ss. Año 2010.

La ley especial agregaba, además, que en tal caso, sólo subsistirán contra el cesionario la excepción fundada en la invalidez de la relación crediticia ²⁰o el pago documentado anterior a la fecha de cesión. (art. 72, inciso b).

Esto último también modificaba substancialmente el regimen de cesión de créditos entonces vigente, en la medida que se restringía radicalmente la regla recogida en el artículo 1469 del Código Civil, que consagraba la posibilidad que el deudor cedido podía oponer al cesionario todas las defensas que tenía contra el cedente.

En esta clase de cesiones contempladas en la ley No. 24.441, el deudor cedido sólo puede invocar como excepciones la invalidez de la relación crediticia o el pago documentado anterior a la fecha de la cesión. Y nada más.

En consecuencia, hasta ese momento en el ordenamiento jurídico argentino existía un regimen general de cesión de créditos y uno específico para el supuesto fundamentalmente que la cesión tuviera por objeto “garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública” (o sea los fideicomisos financieros)²¹

Ahora el regimen especial propio de los fideicomisos financieros ha vuelto a ser modificado, en este caso a través de la sanción de la ley de financiamiento productivo, No. 27.440. (arts. 29 y 30)

En primer lugar, la modificación apunta a ampliar el regimen de cesión de créditos especial, incluido en la ya mencionada ley No. 24.441, que como dijimos es de aplicación a los fideicomisos financieros.

En efecto, los arts. 29 y 30 de la ley de financiamiento productivo, modifican los arts. 70 y 72 de la ley No. 24.441, en dos sentidos: primero incluyen expresamente en esta cesión de créditos especial, a aquella cesión de cartera de créditos, que tenga por objeto “constituir el patrimonio de un fideicomiso financiero.”.

Nadie discutía que los fideicomisos financieros con oferta pública estaban incluidos en este regimen. Ahora se amplía a los fideicomisos financieros sin oferta pública.

En segundo lugar, resuelve el problema que se plantea cuando no se incluyó en el negocio base, la previsión contractual en virtud del cual el deudor cedido liberaba de la obligación de notificarle la cesión.

Si esa previsión no existe, hoy el tema se resuelve a través del nuevo regimen que facilita esa notificación fehaciente a través de la publicación en el sitio electrónico de la Comisión Nacional de Valores.²²

En tercer lugar, y como modificación igualmente trascendente, la innovación incorporada por la ley de financiamiento productivo, en el ya mencionado sistema especial de cesión de créditos, en la reforma al artículo 70, inciso a) dice lo siguiente:” Garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública o cualquier otro financiamiento”.

En otras palabras, ya no se trata de incorporar un regimen especial de cesión de créditos, cuando se los cedan como componentes de una cartera de créditos, para los fideicomisos financieros con

²⁰ El Código Civil y Comercial utiliza hoy la expresión ineficacia (art. 382)

²¹ Cornet, Santiago. “La securitización y el regimen de cesión de la ley No. 24.441”, La Ley, 2010 – D – 812.

²² La Comisión Nacional de Valores ha dictado la resolución general No. 760/2018 en fecha 3 de setiembre, que reglamenta tal forma de notificación, disponiendo que la misma se cumple a través de la publicación de la cesión en la Autopista de la información financiera”. Hay que reiterar que esta forma de notificación sólo rige para aquellos fideicomisos financieros, con oferta pública.

oferta pública (y también para los que no tengan oferta pública), sino para “cualquier otro financiamiento”.

Esta modificación genera no pocas dudas, atento la amplitud de la fórmula empleada, cuyo alcance no es todavía claro.²³

Todas estas reflexiones expuestas sobre las garantías con asiento en créditos, revelan en mi juicio, cierta insuficiencia de la regulación realizada en la reciente codificación.

En otras palabras, el Código ha avanzado al regular la cesión de créditos en garantía, la prenda de créditos y el fideicomiso en garantía, instrumentos esenciales para la financiación a través del crédito.²⁴ Pero siguió regulando, como Velez, la cesión de créditos, que es la columna vertebral de tales operaciones, fundamentalmente como negocio individual, cuando en la práctica lo que realmente interesa es la cesión de carteras de créditos, presentes y futuros, tan necesaria en el ámbito financiero, para ofrecerse tanto como garantía, como para monetizar esos créditos.

Esa falencia del Código está siendo superada por el dictado de leyes especiales (entre ellas, la Ley de financiamiento productivo, No. 27.440)²⁵, que tienden a reducir la regla del artículo 1620 del CCyC, en supuestos específicos, pero nos parece que ello no es la mejor solución.

²³ En ese sentido ver Marcelo Tavarone. “Ley de financiamiento productivo. Una nueva aproximación al perfeccionamiento de la cesión de créditos” La Ley, ejemplar del día 24 de julio de 2018.

²⁴ Hay que agregar también, en este tema, el contrato de factoraje (art. 1421 y ss)

²⁵ Cabe destacar, finalmente, que el nuevo régimen incorpora la “factura de crédito electrónica MiPymes”, con carácter obligatorio para ciertas operaciones, (art. 1), que una vez aceptada, circulará como un título valor y será transferible en operaciones de factoraje, cesión, descuento y/o negociación de facturas. Lo importante de esta novedad, además de su obligatoriedad, es que establece la nulidad toda prohibición de endosar o ceder este título valor, efectuada tanto por quien la haya aceptado, como por los sucesivos adquirentes. (art. 17).