

**TÍTULOS VALORES NUEVOS Y MODIFICADOS A TENOR DE LA LEY 27440. FACTURA DE CRÉDITO
ELECTRÓNICA MIPYME¹**

Jorge F. Fushimi

I - INTRODUCCIÓN

La ley 27440, denominada ley de financiamiento productivo, tiene por principal finalidad el impulso al financiamiento de micro, pequeñas y medianas empresas (MiPyMEs), tal como se titula el primero de sus títulos. Esta norma, sancionada el día 9/5/2018 y publicada en el Boletín Oficial el día 11/5/2018, cuenta con 219 artículos, muchos de ellos modificatorios de normas existentes, y también creando nuevos institutos jurídicos. El alcance de este trabajo está limitado a los títulos valores.

La idea subyacente, ya exteriorizada por el Gobierno Nacional a partir de la ley 27349 de apoyo al capital emprendedor y también con el megadecreto 27/2018, aunque este luzca el título de decreto de desburocratización y simplificación, es la de facilitar el desarrollo de micros, pequeños y medianos desarrollos empresarios, y brindar los medios para fácil acceso al crédito, como también para desarrollar mercados financieros alternativos o secundarios, a los ya clásicos sectores bancarios y bursátiles.

No es secreto para nadie que el acceso al crédito es complejo y excesivamente oneroso para las MiPyMEs. Hace tiempo atrás, escribíamos²: “Infobae Profesional del 4 de agosto de 2004, José Pablo Dapena, Director del Departamento de Finanzas de la Universidad del CEMA, explicaba que en Argentina el 79% del financiamiento de las empresas no financieras proviene de la reinversión de ganancia, mientras que solo 6,9% proviene de financiación a través del crédito bancario. A su vez, cita una encuesta de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL) según la cual el 70% de los encuestados responde que la principal fuente de financiación es la reinversión de utilidades, mientras el aporte de los socios representa el 12,5% de los casos. Este informe de divulgación científica demuestra que la estructura financiera de las empresas argentinas, en general, descansa sobre la reinversión de las propias ganancias, método que se cumple a través de la no distribución de dividendo”. Si esta es la realidad para las PyMEs que ya se encuentran en funcionamiento, el artículo en cuestión demuestra que todo nuevo emprendimiento tendrá aún más dificultades para acceder al financiamiento de sus empresas. La realidad es que las entidades bancarias tienden a prestar solo a aquellos que acreditan capacidad de repago o que puedan ofrecer garantías reales o personales satisfactorias; a los mercados bursátiles para colocar acciones solo accede un puñado de sociedades cuya envergadura poco y nada tiene que ver con las MiPyMEs, y prácticamente, sacando alguna línea puntual que pueda ofrecer algún banco estatal, no existen otras fuentes.

A la vez, para el ahorrista promedio, no existen variantes atractivas de ahorro e inversión financiera. El trío básico de preservación de los ahorros en Argentina ha sido el mercado inmobiliario (a través de la adquisición de inmuebles para locación), la adquisición de moneda extranjera (con especial preferencia por el dólar estadounidense) y los depósitos bancarios a plazo fijo. En los

¹ Artículo publicado en Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor Editorial Errepar - Cita digital: IUSDC285950A.

² Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: “RESULTADOS NO ASIGNADOS” - ERREIUS - Compendio Jurídico - Nº 40 - mayo/2010 - 2010 - pág. 123 – Cita digital IUSDC282033A

últimos años, la falta de tasas de rentabilidad positivas en relación con la inflación ha permitido un mayor desarrollo de los fondos comunes de inversión, de ciertos títulos de deuda y de letras del Banco Central de la República Argentina, emitidas para esterilizar el mercado monetario. Solo aquellos inversores con menor aversión al riesgo, con mayor sofisticación financiera o mayores recursos se permiten acceder a otras formas de financiación. Por ello, también es intención del gobierno nacional favorecer las posibilidades de inversión a ahorristas clásicos.

Desde ambos puntos de vista, este conjunto de normas es bienvenido.

II - LIMITACIONES AL ALCANCE DE ESTE TRABAJO

Como veremos más abajo, la factura de crédito electrónica MiPyMEs (FCEMiPyMEs) encuadra dentro de los llamados títulos de crédito o títulos valores, siendo aplicables todos los institutos y cláusulas generales que de tal teoría provienen, por lo que vamos a ingresar de lleno en el análisis del instituto, sin definir terminología propia del derecho cambiario general. Por ello no habrá definiciones de aceptación, de aval, de endoso u otros similares, por considerarlos conocidos por el lector. Nos hemos concentrado solamente en el análisis de los instrumentos puntuales.

En cambio, nos hemos detenido en algunos conceptos e instituciones que provienen del derecho fiscal vigente, tales como factura electrónica o domicilio electrónico, que son necesarios de explicitar para una mejor integración de la figura bajo análisis.

Sepa el lector disculparnos.

III - LA FACTURA DE CRÉDITO ELECTRÓNICA MiPyMEs

1. Sujetos obligados

La norma dedica 25 artículos a la regulación de este nuevo título valor. El artículo 1 de la ley 27440 establece que en todas las operaciones comerciales en las que una MiPyME esté obligada a emitir comprobantes electrónicos originales (factura o recibo) a una empresa grande, conforme las reglamentaciones que dicte la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Hacienda, se deberán emitir FCEMiPyMEs, en los términos dispuestos en los artículos siguientes, en reemplazo de los mencionados comprobantes.

Empresa grande: El artículo 7 de la ley define qué debe entenderse por tal concepto. Establece que se entiende por empresa grande aquellas cuyas ventas totales anuales expresadas en pesos superen los valores máximos establecidos en la resolución 340 de fecha 11/8/2017 de la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción y las modificaciones que en un futuro se susciten, en los términos del artículo 1 del Título I de la ley 25300. La resolución de referencia fija los siguientes valores para ser considerada MiPyME, por lo que todo lo que exceda al monto de facturación anual de las medianas tramo 2 deberá considerarse como empresa grande.

Categoría	Actividad				
	Construcción	Servicios	Comercio	Industria y minería	Agropecuario
Micro	5.900.000	4.600.000	15.800.000	13.400.000	3.800.000
Pequeña	37.700.000	27.600.000	95.000.000	81.400.000	23.900.000
Mediana tramo 1	301.900.000	230.300.000	798.200.000	661.200.000	182.400.000
Mediana tramo 2	452.800.000	328.900.000	1.140.300.000	966.300.000	289.300.000

Por lo tanto, se establece la obligatoriedad de la emisión de las FCEMiPyMEs en las transacciones en las que el vendedor, locador o prestador de servicios o realizador de la obra sea una MiPyME, y el cliente una empresa grande, siendo optativo en las operaciones comerciales entre MiPyMEs.

2. ¿Qué es una factura electrónica de crédito? Hacia la creación de un concepto

Factura electrónica: La AFIP define, en su página web, a la factura electrónica como “un comprobante digital funcional y legalmente equivalente a la factura en formato papel, que la reemplaza en la mayoría de las operaciones de quienes estén obligados u opten por su utilización”. Aclara además que “este medio de facturación permite la gestión, almacenamiento e intercambio de comprobantes por medios electrónicos o digitales sin necesidad de su impresión, pudiéndose gestionar desde una PC, tablet o smartphone con conexión a internet gracias a la aplicación de facturación móvil”. El sistema tiene como virtud que los comprobantes electrónicos siempre estarán validados por el organismo fiscal y, al poder enviarse por medios electrónicos, la disponibilidad es casi inmediata tanto para el emisor, como para el receptor. El almacenamiento electrónico, por su parte, reduce costos tanto por evitar el uso de papel (lo cual tiene efectos ecológicos) como por la disminución del volumen de lo almacenable.

Debemos decir que en lo que al organismo fiscal se refiere, la expresión “factura” incluye también a los documentos equivalentes, como son los recibos (por servicios, locaciones u obras) que se emiten al percibir valores, los tiques (otrora tickets), y tique-facturas y otros similares, dependiendo de cada actividad. La ley 27440 incluye a los recibos por servicios.

Gerscovich y Lisoprawski³ definieron a la factura de crédito (L. 24760) como “un título de crédito cambiario y endosable, de emisión y aceptación legal obligatoria y típica para las contrataciones a plazo mencionadas por la ley, que contiene una promesa unilateral de pago, que da derecho a su portador legitimado al cobro de una suma de dinero, en su caso, por el proceso ejecutivo”, que bien resultará aplicable a la especie.

Nuestro concepto de factura de crédito electrónica MiPyMEs (FCEMiPyMEs): Podremos esbozar a partir de ello un concepto de FCEMiPyMEs, diciendo que es un título de crédito⁴, formal y completo, no cartular, de formato digital y funcional y nominativo, emitido obligatoriamente por MiPyMEs en los casos previstos por la ley, y voluntario en los demás, que instrumenta un contrato de venta o locación de cosas muebles, de servicios o de obra, a partir de cuya aceptación el contratante receptor se convierte en obligado principal al pago del importe consignado, a su tenedor legítimo. Veremos más abajo que se trata de un instrumento destinado a la circulación y a la negociación.

3. Caracterización del título

Del análisis total de la norma, resulta que la FCEMiPyMEs reúne las siguientes características:

³ Gerscovich, Carlos G. y Lisprawski, Silvio V.: “Factura de crédito” - Ed. Depalma - Bs. As. (2 - 1997 - pág. 97

⁴ Al emplear la expresión “título de crédito”, estamos haciéndolo en los mismos términos que lo hiciera Vivante, es decir: “Título de crédito es un documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que en el ‘se menciona” [“Il titolo de credito è un documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autónomo che vi è menzionato”, Vivante, César: “Tratado de derecho mercantil” - Ed. Reus - Madrid - 1936 - vol. 3: Las cosas, 3ª parte: Los títulos de crédito, Cap. 1º - págs. 135/6. En su original: Vivante, Cesare: “Diritto commerciale” - vol. III: Le cose (merci e titoli di credito, compresa la cambiale) - 2ª ed. - Fratelli Bocca Editore - Torino - 1904 - pág. 129]

A) Es un título valor⁵, representativo de un derecho creditorio por la venta a plazo de bienes muebles, la locación, la prestación de un servicio o la realización de una obra, por lo que puede considerarse un título de crédito.

B) Es un título formal: como analizaremos más abajo, la falta de los requisitos formales esenciales acarrea la nulidad del título, con las consecuencias que veremos.

C) Es un título no cartular por definición legal. Su existencia se acredita mediante la inscripción en el Registro de FCEMiPyMEs.

D) Es un título causal: ya que porta en sí la causa del negocio jurídico que le dio origen y, conforme se hubiera desarrollado tal negocio, el receptor destinatario original de la FCEMiPyMEs deberá aceptarla o podrá rechazarla, o incluso aceptarla parcialmente. Villegas⁶ sostiene que es causal solo entre emisor y receptor, pero abstracto para todos los demás intervinientes en la circulación del título.

E) Es un título autónomo, por cuanto al titular de buena fe le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores titulares.

F) En cuanto a su circulación, es un título nominativo, toda vez que su transmisión requiere ser registrada en el Registro de FCEMiPyMEs, lo cual es coherente con su condición de título no cartular. La desmaterialización impide su endoso, por lo que la forma válida de transmisión es la registración de su cesión, como única forma de acreditarla, siendo innecesaria -aunque tal vez útil desde el punto de vista probatorio- la celebración de una cesión ordinaria por escrito.

G) Es un título de crédito privado: ya que solo pueden emitirlo las consideradas micro, pequeñas y medianas empresas, en las que el Estado no forma parte.

H) Es un título de crédito individual: cada título valor es formal y esencialmente diferente de otro u otros, ya que lo que los respaldan son transacciones comerciales diferentes.

4. Otros comprobantes complementarios y sustitutos

Remitos: La AFIP reglamentará la utilización de remitos para el traslado de mercaderías, quedando a cargo de esta el establecimiento de un plazo máximo para la emisión y envío de la FCEMiPyMEs, el cual no podrá exceder del último día hábil del mes corriente que corresponda al de la emisión del remito. La norma es un derivado del segundo párrafo del artículo 33 de la ley de procedimiento tributario 11683 (t.o. 1998) y sus modificatorias, que permite al organismo fiscal exigir que los responsables otorguen determinados comprobantes y conserven sus duplicados, así como los demás documentos y comprobantes de sus operaciones. En el caso de quienes encarguen o transporten comercialmente mercaderías, aunque no sean de su propiedad, sin el respaldo documental que exige la AFIP, serán pasibles de las sanciones previstas en el artículo 40 de la norma procesal fiscal. El remito, pues, es un documento complementario a la factura electrónica MiPyMEs, cuya finalidad es la de respaldar el traslado de mercancías. Una vez remitida la mercadería, con el respaldo de un remito, aquella deberá ser facturada dentro del plazo que fije el organismo fiscal, que no deberá exceder del último día hábil del mes en que se envió.

Documentos análogos: la Autoridad de Aplicación (que por D. 471/2018 es el Ministerio de Producción), en forma conjunta con la AFIP, podrá implementar un régimen equivalente al normado

⁵ Cfr. Villegas, Carlos G. - pág. 83

⁶ Villegas, Carlos G. - págs. 83/4

en la presente ley, a los fines de autorizar a las empresas no comprendidas en el mismo a emitir documentos análogos a la FCEMiPyMEs.

5. Creación del registro de facturas de crédito electrónicas mipymes

El artículo 3 de la ley 27440 establece que este Registro funcionará en el ámbito de la Administración Federal de Ingresos Públicos y en él se asentará la información prevista en los incisos a) a f) del artículo 5 de la ley, así como también su cancelación, rechazo y/o aceptación y las anotaciones pertinentes. La AFIP establecerá las formas y condiciones en las que se efectuará dicha registración.

La información mínima que deberá registrarse es:

- a) Lugar y fecha de emisión.
- b) Numeración consecutiva y progresiva.
- c) Fecha cierta de vencimiento de la obligación de pago.
- d) Clave Bancaria Uniforme -CBU- o alias correspondiente.
- e) Identificación de las partes y determinación de sus Claves Únicas de Identificación Tributaria (CUIT).
- f) El importe a pagar expresado en números y letras.

En caso de existir notas de débito y/o crédito, también deberán registrarse.

Esta información no estará amparada por el secreto fiscal previsto en el artículo 101 de la ley 11683, con el alcance que establezca la reglamentación.

Asimismo, la norma permite que se determine por vía reglamentaria:

- La obligatoriedad de inscribir todas las FCEMiPyMEs en un registro a ser especialmente creado a tales fines.
- La creación de un régimen informativo de FCEMiPyMEs a fin de que todos los actores puedan acceder a la información de los pagos del régimen creado por el presente título.

La cuestión no resultará compleja para quienes empleen la plataforma de la propia AFIP denominada "Comprobantes en línea", ya que este sistema permite cumplir con todos los requisitos enunciados precedentemente.

6. Requisitos formales

Conforme a lo dispuesto por el artículo 5 de la ley 27440, la FCEMiPyMEs deberá observar los siguientes requisitos formales mínimos para su validez como:

- a) Lugar y fecha de emisión.
- b) Numeración consecutiva y progresiva.
- c) Fecha cierta de vencimiento de la obligación de pago.
- d) Clave Bancaria Uniforme -CBU- o alias correspondiente.
- e) Identificación de las partes y determinación de sus Claves Únicas de Identificación tributaria (CUIT).

f) El importe a pagar expresado en números y letras. En caso de existir notas de débito y/o crédito que modifiquen el importe a pagar original, deberá asentarse en el Registro de FCEMiPyMEs el importe total a negociar.

g) Emisión mediante los sistemas de facturación habilitados por la Administración Federal de Ingresos Públicos por usuarios validados en su sistema informático.

h) Identificación del remito de envío de mercaderías correspondiente, si lo hubiere.

i) En el texto de la FCEMiPyMEs deberá expresarse que esta se considerará aceptada si, al vencimiento del plazo de quince (15) días corridos desde su recepción en el domicilio fiscal electrónico del comprador o locatario, no se hubiera registrado su rechazo total o su aceptación y que si, al vencimiento del citado plazo no se hubiera registrado la cancelación, se considerará que la misma constituye título ejecutivo, en los términos del artículo 523 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y concordantes. Asimismo, la FCEMiPyMEs deberá expresar que su aceptación, expresa o tácita, implicará la plena conformidad para la transferencia de la información contenida en el documento desde el Registro de FCEMiPyMEs a terceros, en caso de que el vendedor o locador optase por su cesión, transmisión o negociación.

La AFIP establecerá los procedimientos por los que deberán cumplimentarse los requisitos estipulados para la confección de FCEMiPyMEs y dictará las normas complementarias que resulten necesarias para la implementación del régimen de FCEMiPyMEs.

Constitución de domicilio fiscal electrónico: En forma complementaria a los requisitos formales, la ley 27440 establece que la constitución del domicilio fiscal electrónico es obligatoria para los sujetos alcanzados por el presente régimen. El artículo sin número incorporado a continuación del número 3 de la ley de procedimiento tributario 11683 (t.o. en 1998) y sus modificatorias, luego de la última reforma de la ley 27430 de reforma fiscal, define como domicilio fiscal electrónico al “sitio informático seguro, personalizado y válido, registrado por los contribuyentes y responsables para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para la entrega o recepción de comunicaciones de cualquier naturaleza que determinen la reglamentación; ese domicilio será obligatorio y producirá en el ámbito administrativo los efectos del domicilio fiscal constituido, siendo válidas y plenamente eficaces todas las notificaciones, emplazamientos y comunicaciones que allí se practiquen”. La disposición aclara que la AFIP establecerá la forma, requisitos y condiciones para su constitución, implementación y cambio, así como excepciones a su obligatoriedad basadas en razones de conectividad u otras circunstancias que obstaculicen o hagan desaconsejable su uso. La reforma mencionada quitó el atributo de voluntariedad que este domicilio lucía hasta la sanción de la norma en cuestión. Como dato operativo, se establece que el domicilio fiscal electrónico deberá interoperar con la Plataforma de Trámites a Distancia del Sistema de Gestión Documental Electrónica.

Omisión de requisitos formales: La omisión de cualquiera de los requisitos produce la inhabilidad de la FCEMiPyMEs tanto como título ejecutivo y valor no cartular, así como documento comercial. En este punto discrepamos con la norma, toda vez que no es posible restar valor de documento comercial a aquel que simplemente carece de alguna formalidad para valer como otro instrumento. Consideramos que esta norma no es razonable y puede seguir la misma suerte de aquella norma que restaba eficacia cancelatoria al pago realizado sin utilizar los medios de pago habilitados

legalmente por la ley antievasión (arts. 1⁷ y 2⁸ de la L. 25345). Nada obstaría a que -de común acuerdo la obligada a la emisión de la FCEMiPyMEs pactara con la empresa grande que, a los fines de celebrar una transacción comercial, emitirá un documento que no reúna los requisitos para valer como tal, pero con validez comercial, lo cual sería impedido por esta normativa. De alguna manera observamos que toda tentativa de su imposición no hace más que generar resistencias respecto de su uso, como ya ocurriera con la otrora factura conformada (L. 24064), modificatoria del régimen del DL 6601/1963, que tampoco había tenido éxito), y posteriormente con la factura de crédito, ley 24760.

7. Título ejecutivo y valor no cartular

El artículo 4 de la ley 27440 prescribe que la FCEMiPyMEs constituirá un título ejecutivo y valor no cartular, conforme los términos del artículo 1850 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando reúna todos los requisitos que a continuación se indican:

a) Se emitan en el marco de un contrato de compraventa de bienes o locación de cosas muebles, servicios u obra. Quedan excluidas las locaciones de inmuebles, y la compraventa de inmuebles, por lógica también, atento a que la forma de documentar estas operaciones es a través de la escritura pública (art. 1017, CCyCo.).

⁷ Entre otros: "Patane, Salvador s/concurso preventivo s/incidente de revisión promovido por Chentonze Antonio Andrés" - CNCom. - Sala D - 21/5/2013. "Más allá de diferentes posturas doctrinarias con relación a los alcances de la ley 25345, en el propio mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al elevar el proyecto de ley se precisa que dicha normativa se encuentra dirigida a establecer un marco regulatorio para prevenir la evasión impositiva y el lavado de dinero, y no a decretar la inoponibilidad per se de los efectos del pago entre contratantes. De manera que no cabe entender que esa preceptiva haya venido a modificar el principio general del artículo 724, según el cual el pago es un modo extintivo de las obligaciones, ya que, de lo contrario, se avanzaría sobre una cuestión liminar y trascendente en el derecho, como lo es el respeto a la voluntad de las partes, y sujetaría a los contratantes al cumplimiento de otros requisitos que solo traen complicaciones para el desarrollo de las actividades económicas". "Jalfen, Diego c/Select Automotores SA s/ordinario" - Cám. Nac. Com. - Sala F - 7/6/2011." Han sido diversas las opiniones que se han suscitado con relación a aquellos pagos no realizados de acuerdo al principio sentado por la ley 25345: 1. En efecto, en primer lugar, parte de la doctrina considera que los pagos en efectivo por sumas superiores al monto estipulado en la ley son nulos de nulidad absoluta y manifiesta" (Zinny, Mario: "Limitación al pago en efectivo. Formas de pagar más de \$ 10.000" - Ed. Ad Hoc - Bs. As. - 2001). Por otro lado, existe otra opinión que entiende que el pago efectuado en infracción a la norma produce efectos entre partes y ante terceros, señalando al respecto que, siendo la finalidad de la ley únicamente provisional y recaudatoria, darle otro alcance distinto de este sería un desacierto (Junyent Bas y Molina Sandoval en "La bancarización de la economía: el cheque como moneda de pago" - ED - 193-557; Cursak y Benseñor: "Los pagos en efectivo. A más de tres años del dictado de las leyes 25345 y 25413" - LL - 12/8/2004, 1 - LL - 13/8/2004, 4; Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, "Monge Domingo Ignacio y otra" - 3/8/2006). Se ha propiciado, incluso, su inconstitucionalidad (esta Sala, "Tandler SRL s/quiebra s/inc. de apelación CPR: 250" - 12/4/2011). Asimismo, existe una posición intermedia que estima que entre partes el pago surte efectos, no así frente a terceros (Camisa, Augusto: "Eficacia de los pagos en efectivo superiores a un mil pesos (ley 25345)" - LL-C - 2006 - 1115). Con abstracción de las diferentes tesis apuntadas, véase que esta ley, al modificar de modo trascendental el principio general del artículo 724 del Código Civil, que considera al pago un modo extintivo de las obligaciones, ha avanzado sobre una cuestión liminar en el derecho como lo es el respeto a la voluntad de las partes, sujetando a los contratantes al cumplimiento de requisitos esenciales que solo traen complicaciones para el desarrollo de las actividades económicas (Rubiolo, Rubén M.: "La realidad económica frente a normas que pretenden ignorarla" - PET - 2006 (abril-347), ello aun cuando el declarado objetivo de la norma ha sido de prevención en materia fiscal. La tésis legislativa a la que se encontraba dirigida la norma no fue la inoponibilidad per se de los efectos del pago entre contratantes, sino el establecimiento de un marco regulatorio con el propósito de prevenir la evasión impositiva y el lavado de dinero.

⁸ En el fallo "Mera, Miguel Ángel (TF 27.870-I) c/DGI" CSJN - 19/3/2014 - Cita digital IUSJU215166D confirmó la inconstitucionalidad del art. 2 de la ley 25345 en la medida en que prohíbe a los contribuyentes o responsables que no hubieran efectuado los pagos de sumas de dinero superiores a mil pesos empleando los medios de pago enumerados en el art. 1, computar como deducciones, créditos fiscales o asignar el efecto tributario que corresponda a las erogaciones realizadas, aun cuando "acreditaren la veracidad de las operaciones".

b) Ambas partes contratantes se domicilien en el territorio nacional.

c) Se convenga entre las partes un plazo para el pago del precio superior a los quince (15) días corridos contados a partir de la fecha de recepción de la FCEMiPyMEs en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago. La norma establece dos cuestiones a acreditar: en primer lugar, que el plazo mínimo otorgado para el pago del precio sea igual o mayor a dieciséis días y, en segundo lugar, que será el emisor quien deberá acreditar la fecha de recepción de la factura electrónica en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago. La cuestión se complicará si no se define con claridad qué significa “recepción en el domicilio fiscal electrónico”, por cuanto, una vez generado y remitido el documento electrónico, la recepción es casi instantánea, asumiendo un normal funcionamiento del servicio de internet. Pero diferente es la cuestión si se considera el momento en que el destinatario de la FCEMiPyMEs “abre” el documento y lo visualiza. El penúltimo párrafo de este artículo agrega que, cuando se hubiera convenido un plazo para el pago del precio menor o igual a los quince (15) días y, vencido el mismo, no se hubiera registrado la cancelación o aceptación expresa de la obligación en el Registro de FCEMiPyMEs, la FCEMiPyMEs oportunamente emitida pasará a constituir título ejecutivo y valor no cartular desde el vencimiento del plazo de quince (15) días corridos a partir de su recepción en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago, momento en el cual tendrá un nuevo vencimiento, el cual será de quince (15) días corridos a los fines de poder ser negociada.

d) El comprador o locatario, adquiera, almacene, utilice o consuma las cosas, los servicios o la obra para integrarlos, directa o indirectamente, en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, sea de manera genérica o específica. Esta restricción parece poco razonable y consideramos que generará discusiones y debates innecesarios, por cuanto pone en cabeza del emisor la prueba del destino dado a las cosas, servicios u obras por parte del adquirente o contratante. Consideramos que este requisito, que requiere de prueba, desvirtúa el carácter de ejecutivo del título en cuestión. Salvo que se invirtiera la carga probatoria y debiera el receptor de la FCEMiPyMEs acreditar que lo adquirido no tuvo el destino indicado por la ley, opción que nos parece más sensata, pero que igualmente desvirtúa el carácter de ejecutividad del título.

Las notas de débito y crédito que ajusten la operación y por lo tanto a la FCEMiPyMEs emitida deberán generarse dentro del plazo de quince (15) días corridos desde la recepción de la mencionada factura en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago, hasta la aceptación expresa, lo que ocurra primero.

La principal atracción que tendrá, de usarse el instrumento, será la ejecutividad del título. Sin embargo, pese a tratarse de un título ejecutivo, este no es absolutamente autosuficiente, por cuanto los requisitos de los incisos c), es decir, la acreditación de la fecha de recepción de la factura electrónica en el domicilio electrónico del receptor, y d), esto es, la prueba del destino dado al bien adquirido, o el servicio u obra contratados, implican la necesidad de completar el título con otros elementos ajenos a él, y la necesidad de la apertura a prueba del proceso ejecutivo o sumario, lo cual termina “ordinarizando” al proceso en cuestión.

El carácter de valor no cartular: El artículo 1820 del CCyCo. estableció un principio novedoso en materia de títulos de crédito o títulos valores al establecer la libertad de creación. A partir de esta norma, cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en

la legislación vigente. Solamente establece una limitación en relación con los títulos valores abstractos no regulados por la ley, que solo podrán emitirse cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica y cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores.

A partir de dicha norma, el artículo 1850 del CCyCo., siguiendo modernas tendencias y legislaciones, trata sobre los valores no cartulares. No ha elegido la expresión “valores escriturales” que la teoría de títulos valores venía utilizando, que se refiere a ellos como “no cartulares”, dando a entender que carecen de sustento instrumental material. Solo el artículo 1693 del CCyCo., al tratar sobre certificados de participación y títulos de deuda en el fideicomiso, ha empleado la expresión “escriturales”, dando a entender que el fenómeno de la “desmaterialización” (¿despapelización?) de los títulos valores no se agota en los meramente escriturales, ampliando los horizontes a nuevas modalidades de títulos adecuados también a las nuevas tecnologías. La norma establece: cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable, aunque la prestación no se incorpore a un documento, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1820. Esto es, la libertad de creación de títulos es compatible con la libertad en cuanto a su materialización o sustento material, y con la circulación del mismo, y de allí su validez. No obstante, esta desmaterialización se pone de manifiesto cuando la norma exige que la constitución y la transmisión de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de este, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efectos frente a terceros. En este caso, como ya hemos visto, el Registro de FCEMiPyMEs funcionará en el ámbito de la AFIP, y su consulta será de libre acceso, razón que justifica su exención del régimen del secreto fiscal.

Una cuestión un tanto compleja es que el artículo 1850 del CCyCo. establece que, a los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del título valor, debe estarse al instrumento de creación, que debe tener fecha cierta. Si el título valor es admitido a la oferta pública, es suficiente su inscripción ante la autoridad de contralor y en las bolsas o mercados en los que se negocia. En este caso, el instrumento de creación de la FCEMiPyMEs es la propia ley 27440 y, dado que se generará y almacenará en archivos electrónicos públicos de libre consulta, la fecha cierta del título estará garantizada, aunque no nos atrevemos a afirmar lo mismo en relación con la fecha de su recepción en el domicilio fiscal electrónico del destinatario.

Autonomía: En relación con la remisión que hace el artículo 1850 a los artículos 1816 y 1819, resulta evidente que la FCEMiPyMEs es un título autónomo y, por lo tanto, al titular de buena fe le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores titulares y, en la medida de su adquisición de buena fe sin culpa grave y conforme con su ley de circulación, no estará obligado a desprenderse del título valor, ni sujeto a reivindicación, ni a la repetición de lo cobrado.

8. De la aceptación

La aceptación de la FCEMiPyMEs tiene una doble naturaleza.

Por un lado, es la aceptación del artículo 1145 del CCyCo. prevista para la compraventa. La norma en cuestión establece que la factura debe describir la cosa vendida, su precio o la parte de este que ha sido pagada y los demás términos de la venta. Si la factura no indica plazo para el pago del precio, se presume que la venta es de contado. La factura no observada dentro de los diez días de recibida

se presume aceptada en todo su contenido. Esta aceptación no era sino una forma de tradición simbólica prevista en el artículo 463, inciso 3), del viejo Código de Comercio, e implicaba la recepción de conformidad de la mercadería.

Desde otra óptica, la aceptación es el acto jurídico en virtud del cual el adquirente de los bienes, del servicio, la locación o la obra, acepta convertirse en deudor documentario en los términos de la FCEMiPyMEs, y someterse a los términos de su regulación. Solo a partir de este acto unilateral y voluntario el documento pasa a convertirse en título valor circulatorio y de carácter ejecutivo.

La empresa grande o el que voluntariamente lo acordare que reciba la FCEMiPyMEs está obligado a aceptarla, con las excepciones previstas en el artículo 8 de la ley.

Rechazo: El artículo 8 de la ley 27440 fija las causales por las cuales el receptor de una FCEMiPyMEs no estará obligado a aceptarla.

Estas causas son:

- a) Daño en las mercaderías, cuando no estuviesen expedidas o entregadas por su cuenta y riesgo.
- b) Vicios, defectos y diferencias en la calidad o en la cantidad, debidamente comprobados.
- c) Divergencias en los plazos o en los precios estipulados.
- d) No correspondencia con los servicios o la obra efectivamente contratados.
- e) Existencia de vicios formales que causen su inhabilidad, lo que generará la inhabilidad de la FCEMiPyMEs tanto como título ejecutivo y valor no cartular, así como documento comercial.
- f) Falta de entrega de la mercadería o prestación del servicio.
- g) Cancelación total de la FCEMiPyMEs.

El rechazo de la FCEMiPyMEs ocasionado por las causales previstas en los incisos a) al f) es un acto de naturaleza expresa que deberá efectuarse en el plazo de diez (10) días corridos (art. 1145, CCyCo.) y registrarse en el Registro de FCEMiPyMEs, atento a la naturaleza no cartular del título.

Las causales de rechazo de los incisos a) a f) demuestran que este título valor es un título causal.

Incondicionalidad e irrevocabilidad de la aceptación: El artículo 9 prevé que la aceptación de las FCEMiPyMEs será incondicional e irrevocable, no admitiéndose el protesto. Es decir, la aceptación debe ser pura y simple, y no podrá ser revocada, ya que ello afectaría el carácter circulatorio del título. No alcanzamos a dimensionar el sentido de la expresión “no admitiéndose el protesto”, toda vez que el protesto es un acto que debería realizar el tenedor legítimo del título que fuese frustrado por la falta de aceptación. Quizás la redacción debió decir que el protesto no es necesario.

En ningún caso, el librador de una FCEMiPyMEs, ni sus sucesivos adquirentes serán garantes de su pago, lo cual es obvio, ya que el obligado principal al pago es el adquirente de los bienes o servicios, o usuario de la locación o la obra facturada y no puede colocarse al vendedor, prestador o locador a responder por la factura que él emitió, aun cuando la hubiera descontado, negociado, entregado en factoring o, de cualquier otro modo, la hubiera negociado.

Aceptación tácita: El artículo 6 de la ley 27440 prevé que todas las FCEMiPyMEs que no hubieran sido canceladas o aceptadas y que no se hubieran registrado en el Registro de FCEMiPyMEs, en el plazo máximo de quince (15) días corridos desde su recepción en el domicilio fiscal electrónico del comprador o locatario, se considerarán aceptadas tácitamente por el importe total a pagar, constituyendo título ejecutivo y valor no cartular por dicho importe.

Aceptación parcial: A su vez, el artículo 24 de la ley prevé que la Autoridad de Aplicación, junto con la Administración Federal de Ingresos Públicos, podrá autorizar la aceptación expresa o tácita de la FCEMiPyMEs por un importe menor al del total expresado conforme el inciso f) del artículo 5. Dicha quita deberá alcanzar las alícuotas por regímenes de retención y/o percepción que pudieren corresponder.

9. Pago

Pago antes del vencimiento del título: El artículo 10 de la ley 27440 establece que, a fin de pagar las FCEMiPyMEs, previo al vencimiento del plazo establecido en el inciso c) del artículo 4, solo podrán ser utilizados cualesquiera de los medios de pago habilitados por el Banco Central de la República Argentina, quedando expresamente prohibido restringir su negociabilidad por cualquier medio. Dado que se trata de un título no cartular, las cancelaciones realizadas de forma previa a la aceptación de las FCEMiPyMEs serán oponibles siempre que hayan sido informados por el obligado al pago en el Registro de FCEMiPyMEs. Entendemos que no bastará con la mera información del pago por parte del deudor obligado, sino que el emisor o el acreedor deberá confirmar el pago en el mismo sistema, o deberán arbitrarse los medios electrónicos necesarios para asegurar que tal pago fue real.

Pago de facturas aceptadas expresa o tácitamente no acreditadas en un agente de depósito colectivo: El artículo 11 continúa explicando que las FCEMiPyMEs aceptadas expresa o tácitamente, y que no hayan sido acreditadas en un agente de depósito colectivo, solo podrán ser canceladas mediante los medios de pago habilitados por el Banco Central de la República Argentina.

Pago de facturas aceptadas expresa o tácitamente acreditadas en un agente de depósito colectivo: Cuando las FCEMiPyMEs hayan sido acreditadas en un agente de depósito colectivo, solo podrán ser canceladas de forma íntegra, mediante transferencia electrónica a la cuenta bancaria identificada mediante CBU o alias del agente de depósito colectivo o agentes que cumplan similares funciones conforme se establezca en la reglamentación. A los fines de llevar a cabo la cancelación prevista, la AFIP deberá notificar a través del domicilio fiscal electrónico del obligado al pago la CBU o alias del agente de depósito colectivo, así como también el código o número de referencia de pago correspondiente a las FCEMiPyMEs que se adeude, lo que constituirá, a todos los efectos legales, el nuevo domicilio de pago.

10. Negociación de la factura de crédito

Como advertimos en la introducción, el objetivo de la FCEMiPyMEs es ser un instrumento para la obtención de crédito securitizado mediante la cesión del título, lo cual garantizaría agilidad en la obtención de crédito y menores costos en intereses por la garantía que implica la cesión de un crédito instrumentado y aceptado por una empresa grande.

Oferta pública de FCEMiPyMEs: El artículo 12 de la ley 27440 trata sobre la posibilidad de hacer oferta pública de estos instrumentos y establece que las FCEMiPyMEs podrán ser negociadas en los mercados autorizados por la Comisión Nacional de Valores conforme las normas que dicte ese organismo en su carácter de Autoridad de Aplicación, gozarán de oferta pública en los términos de la ley 26831 y sus modificaciones y les será aplicable el tratamiento impositivo correspondiente a los valores negociables con oferta pública.

Contratos particulares (factoring, cesión, descuento y/o negociación de facturas): Por su parte, el artículo 13, establece que las FCEMiPyMEs también podrán ser negociadas mediante herramientas o sistemas informáticos (atento a su desmaterialización instrumental, pero registración informática) que faciliten la realización de operaciones de factoraje, cesión, descuento

y/o negociación de facturas. Dichas herramientas o sistemas informáticos no serán considerados "mercados" en los términos del artículo 2 de la ley 26831, ni necesitarán autorización previa y/o para funcionar de la Comisión Nacional de Valores, en tanto solo participen en calidad de compradores, adquirentes, cesionarios o endosatarios las entidades financieras sujetas al régimen de la ley 21526 y sus modificatorias y autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, como así también los proveedores no financieros de crédito.

Proveedores no financieros de créditos (art. 13, segunda parte, L. 27440): A los efectos del párrafo precedente, son considerados proveedores no financieros de crédito aquellas personas jurídicas que, sin ser entidades financieras de conformidad con la ley de entidades financieras, realicen -como actividad principal o accesorio- oferta de crédito al público en general, otorgando de manera habitual financiamientos alcanzados. También quedan incluidas en este concepto las asociaciones mutuales, las cooperativas y las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra -cualquiera sea su naturaleza jurídica-. Resulta relevante destacar que estos proveedores no financieros de créditos se diferencian de las entidades financieras (y por ello no están alcanzadas por la ley 21526 de entidades financieras), en tanto no toman dinero del público, sino que prestan estos servicios de crédito con fondos propios que podrán obtener de otras actividades empresarias.

11. Transmisibilidad de las facturas de crédito

El artículo 14 de la ley 27440 prevé que toda FCEMiPyMEs, una vez aceptada expresa o tácitamente, y acreditada en un agente de depósito colectivo o agentes que cumplan similares funciones conforme se establezca en la reglamentación, circulará como título valor independiente y autónomo y será transferible en las formas y condiciones que establezca la Comisión Nacional de Valores.

Según el artículo 15, la Autoridad de Aplicación y la Comisión Nacional de Valores establecerán los procedimientos de negociación y transmisión de las FCEMiPyMEs, pudiendo limitar los mismos a medios electrónicos.

Las FCEMiPyMEs que se constituyeran en virtud de lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 4 solo serán transmisibles una vez que hayan sido aceptadas tácita o expresamente. Una vez aceptada la FCEMiPyMEs en forma expresa o tácita, el vendedor o locador podrá solicitar a la Administración Federal de Ingresos Públicos que se informe la misma en un agente de depósito colectivo o agentes que cumplan similares funciones conforme se establezca en la reglamentación, autorizado acorde a la ley 26831⁹ y sus modificatorias. A tales efectos, el vendedor o locador deberá expresar su voluntad ante el Registro de FCEMiPyMEs.

El crédito de las FCEMiPyMEs no transfiere al agente de depósito colectivo o agentes que cumplan similares funciones conforme se establezca en la reglamentación la propiedad ni el uso de

⁹ La ley de mercado de valores (LMV), con una mala técnica legislativa, define en el artículo 2 al agente depositario central de valores negociables como personas jurídicas registradas ante la Comisión Nacional de Valores para recibir depósitos colectivos y regulares de valores negociables, prestar servicios de custodia, liquidación y pago de acreencias de los valores negociables depositados y en custodia y aquellas otras actividades que establezca la reglamentación de la Comisión Nacional de Valores, en los términos de la ley 20643 y sus modificaciones y de la presente ley. Pero luego, al tratar sobre el régimen legal de los valores anotados en cuenta o escriturales, les cambia el nombre por "agente de depósito colectivo" [art. 129, inc. a)], que la creación, emisión, transmisión o constitución de derechos reales, los gravámenes, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el valor negociable se llevará a cabo mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de este, un agente de depósito colectivo autorizado o bancos comerciales o bancos de inversión o agentes de registro designados y producirá efectos legales, siendo oponible a terceros desde la fecha de tal registración.

las mismas. El agente de depósito colectivo o agentes que cumplan similares funciones conforme se establezca en la reglamentación no será responsable por los defectos formales ni por la autenticidad ni validación de las firmas insertas en la FCEMiPyMEs y solo asume la función de conservarlas y custodiarlas y efectuar las operaciones y registraciones contables que deriven de sus transacciones. Como es lógico suponer, en ningún caso el agente de depósito colectivo o agentes que cumplan similares funciones conforme se establezca en la reglamentación quedará obligado al pago de las FCEMiPyMEs.

La FCEMiPyMEs que ha sido transferida a un agente de depósito colectivo o agentes que cumplan similares funciones conforme se establezca en la reglamentación a los fines de su negociación no podrá volver a ingresar al Registro de FCEMiPyMEs.

Nulidad de la prohibición de transmisión: El artículo 17 sanciona con nulidad a toda prohibición de endosar, ceder, negociar y/o transferir las FCEMiPyMEs, efectuada tanto por quien las aceptare como por cualquiera de sus sucesivos adquirentes.

Limitación a la transmisibilidad (art. 18): No podrán efectuarse transferencias de las FCEMiPyMEs aceptadas durante los tres (3) días hábiles bancarios anteriores a la fecha de su vencimiento, lo cual se entiende como una garantía de seguridad jurídica para el deudor obligado a su pago, que deberá tener conocimiento certero de a dónde dirigir el pago.

12. Falta de pago

Ante la falta de pago de una FCEMiPyMEs a su vencimiento, el librador o posterior adquirente tendrá contra el obligado al pago y sus avalistas la acción cambiaria directa por todo cuanto puede exigírsele en virtud de lo dispuesto en los artículos 52 y 53 del decreto-ley 5965/1953, es decir, en esencia: el monto de la FCEMiPyMEs pagada con los intereses, si se hubiesen estipulado; en caso de no haberse estipulado intereses, se deberán a partir del vencimiento de la FCEMiPyMEs al tipo fijado en el título y, si no hubiesen sido estipulados, al tipo corriente en el Banco de la Nación en la fecha del pago (o el que acostumbre aplicar la justicia ordinaria de cada circunscripción), y los gastos incurridos, todo ello, sin perjuicio de toda otra acción que pudiera llegar a corresponderle en virtud de normativa específica.

Podrá ejercer dicha acción aun antes del vencimiento contra los avalistas en caso de concurso o quiebra del obligado al pago o cuando hubiera resultado infructuoso un pedido de embargo en sus bienes.

Para dejar expedita la acción de regreso anticipado será necesario presentar:

a) En caso de concurso o quiebra del obligado al pago, la sentencia de apertura del procedimiento concursal de que se trate.

b) En caso de haber resultado infructuoso un embargo sobre los bienes del obligado al pago, el acta judicial correspondiente que pruebe esa circunstancia.

13. Excepciones personales

Serán inoponibles al acreedor de una FCEMiPyMEs las excepciones personales que hubieren podido oponerse al librador o cedentes de la misma.

14. Excepciones al régimen

Por una parte, quedan exceptuadas del Régimen de FCEMiPyMEs las facturas emitidas por los prestadores de servicios públicos, las facturas emitidas a consumidores finales (esto es obvio, por

cuanto no son empresas grandes) y las operatorias comerciales por intermedio de consignatarios y/o comisionistas.

También quedan exceptuadas del presente régimen las facturas emitidas a los Estados nacionales, provinciales y municipales y a los organismos públicos estatales, salvo que estos hubieren adoptado una forma societaria. Nuevamente la norma tiene su lógica en el hecho de que el Estado no puede considerarse empresa grande, salvo en los casos de sociedades del Estado o en las que este tome parte.

Otras excepciones: La ley faculta a la Autoridad de Aplicación a establecer, con carácter general, excepciones y exclusiones al régimen de FCEMiPyMEs, modificar los plazos previstos y/o implementar un sistema equivalente que faculte a las empresas no comprendidas en el mismo a emitir documentos análogos a la FCEMiPyMEs.

15. Autoridad de Aplicación

La ley no ha designado a ninguna Autoridad de Aplicación, sino que ha quedado en manos del Poder Ejecutivo Nacional, su designación, al establecer en la primera parte del artículo 24 que el Poder Ejecutivo Nacional designará a la Autoridad de Aplicación del régimen, pudiendo autorizar la delegación de competencias específicas en órgano con rango no inferior a Subsecretaría, por ello, a través del artículo 2 del decreto reglamentario 471/2018, la designación recayó sobre el Ministerio de Producción.

La Autoridad de Aplicación dictará las medidas reglamentarias e interpretativas que resulten necesarias para la implementación del presente régimen, adoptando las acciones conducentes para su adecuación a los usos y costumbres comerciales vigentes que resulten compatibles, incluyendo las operatorias comerciales por intermedio de consignatarios y/o comisionistas, los pagos en cuotas y los contratos previstos en el Capítulo 15 del Título IV del Libro Tercero del Código Civil y Comercial de la Nación.

A su vez, el artículo 21 encomienda a la Unidad de Información Financiera y al Banco Central de la República Argentina para que, en el ámbito de su competencia, determinen las directivas correspondientes a los fines de implementar el presente Régimen.

16. Retenciones y percepciones fiscales

A los efectos del presente régimen, las retenciones y/o percepciones impositivas y/o de la seguridad social deberán ser practicadas por el deudor de la FCEMiPyMEs, sin que puedan atribuirse tales obligaciones al cesionario o adquirente de la misma. Conforme la normativa vigente, el deudor de la FCEMiPyMEs tendrá el carácter de agente de retención y, en su caso, será sujeto pasible de percepciones.

Luego de la cancelación de las retenciones y/o percepciones correspondientes, se deberán restituir los saldos entre emisores y aceptantes de la FCEMiPyMEs.

Ya analizamos que, en caso de aceptación parcial de la FCEMiPyMEs, las retenciones y percepciones también deberán ser adecuadas al monto de la aceptación y no calculadas conforme al valor total del título.

17. Legislación supletoria

Las disposiciones contenidas en la ley 24760 (ley de factura de crédito) y en el decreto-ley 5965/1963, ratificado por la ley 16478, son de aplicación a la FCEMiPyMEs en tanto no se opongan a las disposiciones de esta ley.

18. Una valoración a modo de conclusión

Nuestro primer trabajo de investigación realizado a partir del inicio de la carrera docente universitaria fue sobre la factura conformada, que fuera introducida mediante ley 24064, modificatoria del decreto-ley 6601/1963, sancionada con fecha 19/12/1991 y promulgada el 9/1/1992. Nuestra inexperiencia profesional y académica nos llevó a creer que las modificaciones que introducía esta norma al viejo e inaplicado decreto-ley 6601/1963 servirían para “resucitar” a la factura conformada y darle el éxito que su original brasilero, la “duplicata”, tenía en aquel país. Más aún, creíamos, y así lo esbozamos en los fundamentos de la investigación, que sería un título llamado a desplazar al pagaré del decreto-ley 5965/1963. Por otra parte, el apoyo que se daba desde la -por entonces- Dirección General Impositiva a su uso permitía presagiar su masiva difusión¹⁰. Nada más alejado de la realidad. Al respecto, Eidelman¹¹ concluía: “La intención del legislador es ampliar su utilización y las normas impositivas sin sustento legal lo impiden, no cumpliéndose el fin que se propuso de suprimir las disposiciones fiscales que obstaculicen su utilización”. La norma cayó en desuso o desuetudo, al decir de Richard y Romero¹², sin ninguna derogación expresa, ni aun con la creación del régimen de la factura de crédito.

En diciembre de 1996, se sanciona la ley 24760, la cual es promulgada el 9/9/1997, y que introducía un nuevo título valor o circulatorio: la factura de crédito. Extrañamente, la norma no derogaba el régimen de la factura conformada, y establecía la obligatoriedad de su emisión, para toda operación de compraventa o locación de cosas muebles, prestación de servicios o realización de obras por las cuales debieran emitirse facturas que fueran pagadas en un plazo superior a los treinta (30) días. Era un instrumento complementario a la factura comercial. La factura de crédito no era muy diferente en cuanto a su funcionamiento respecto de la FCEMiPyMEs¹³, aunque modificó la) ley de concursos y quiebras 24522, introduciendo el quinto inciso del artículo 246 y dándole al acreedor de una factura de crédito un privilegio general limitado hasta cierto monto. Sin embargo, sufrió fuertes rechazos por algunos sectores empresarios, especialmente del super e hipermercado argentino, que se negaban sistemática y enfáticamente a recibir estos instrumentos. El organismo fiscal, primero DGI, transformado luego en la Administración Federal de Ingresos Públicos, fue dictando diversas resoluciones que iban postergando en el tiempo la fecha de entrada en vigencia de la factura de crédito, hasta que esta también cayó en desuso, sin prácticamente haberse emitido alguna¹⁴.

¹⁰ No estábamos solos en nuestra creencia, por ejemplo: Varela, Pablo S.: “Régimen de la factura conformada” - DTE - ERREPAR - T. XII - setiembre/1992: “Evidentemente, de lo preexpuesto, debemos remarcar el potencial desarrollo en nuestros días de la factura conformada como elemento de financiamiento, a pesar de los grandes interrogantes que sugerimos se tengan en consideración para resolverlos en pos del principio de certeza que debe primar en todo marco jurídico”. Brodsky, Sergio P. y Ferrari Herrero, Juan: “Nuevo régimen de factura conformada (ley 24064)” – DTE - ERREPAR - agosto/1992: “La recreación a través de la ley 24064 del instituto de la factura conformada tiene posibilidades de lograr una buena acogida y gran circulación en numerosos sectores del proceso económico, en especial en la pequeña y mediana empresa”

¹¹ Eidelman, José R.: “Tratamiento impositivo de la factura conformada (ley 24064)” - JA - 1992-IV-900

¹² Richard, Efraín H. y Romero, Esteban J. I.: “Los usos y costumbres en perspectiva actual” - RDCO - 1997-547: “De desuetudo o desuso pueden darse numerosos ejemplos sin que en ninguno de ellos se pueda afirmar que ha habido derogación de la ley, la legislación de debentures, warrants, el uso de bonos por las sociedades, la factura conformada, el anticresis, las convenciones matrimoniales, la dote, el cheque de pago diferido, el uso de pluralidad de ejemplares en la letra de cambio, la resaca de la letra de cambio y en general las inscripciones ordenadas por el Código de Comercio, con excepción de la matrícula, son todos supuestos de esta índole”.

¹³ Una buena descripción de su funcionamiento hizo Favier Dubois, Eduardo M. (h.): “La factura de crédito una nueva versión vernácula de la ‘duplicata’” - DSCE - ERREPAR - T. VIII - abril/1997 - Cita digital IUSDC281458A

¹⁴ “Una muerte anunciada” podría haber sido un subtítulo para el trabajo de: Dalmasio, Adalberto R. y Paladino, Héctor O.: “Facturas de crédito y la defunción de los usos y costumbres comerciales” - Práctica y Actualidad Tributaria (PAT) -

Es posible que, como sostienen Richard, Romero, Dalmasio y Paladino, la falta de uso de estos instrumentos se debiera a que no se adecuaban a los usos y costumbres comerciales. También creemos, por nuestra parte, que hay una fuerte resistencia de las denominadas empresas grandes, especialmente en el sector del hipermercado argentino, a dar seguridades de pago a las MiPyMEs, sea a través de la entrega de cheques de pago diferido (propios o de terceros), contraentrega de factura, o a través de la aceptación de facturas de crédito, conformadas o cualquiera fuese su modalidad. Ello ocurre así, por cuanto por una parte les quitarían una parte del negocio financiero, y tampoco les permitiría emplear las técnicas de negociación abusivas de una posición dominante que emplean para con estas empresas. Todos sabemos que, para poder vender sus productos en grandes cadenas y superficies de comercialización, las MiPyMEs deben realizar una serie de concesiones y tolerar tratos abusivos y hasta denigrantes para lograr tal colocación, sin contar con que terminan acordando plazos que exceden los pactados verbalmente. Pero, frente a tales moras de hecho, nada pueden hacer sino recurrir eventualmente a un proceso ordinario que les demandará años y años de litigio. Evidentemente, a partir de la entrega de un título ejecutivo, circulatorio y negociable, las MiPyMEs pueden manejarse económica y financieramente, y hasta comercialmente, de una manera diferente.

En este caso, todo dependerá de la intención del Estado de imponer realmente el uso de este instrumento que -creemos- no implica un cambio sustancial en los usos y costumbres vinculados con la emisión de facturas o documentos equivalentes, y mediante un mecanismo simple y transparente (además de supervisado electrónicamente por la AFIP) que permitiría a las MiPyMEs obtener autonomía empresarial y mejores condiciones crediticias para seguir creciendo.

Queremos ser optimistas, pero la historia reciente nos hace ser -más que prudentes- reservados en cuanto a las posibilidades de éxito de la FCEMiPyMEs.

ERREPAR - T. II - abril/1997, quienes sostenían que “la ley 24760 ‘pone en el tapete’ nuevamente la posibilidad de que la factura de crédito modifique sustancialmente la modalidad mercantil que se sigue en los negocios”. E instaban así: “Entendemos que el análisis de estos temas y de otros que integran la controvertida ley 24760 no han sido agotados; muy por el contrario, es nuestro deseo que sea simplemente un punto de partida para que otros especialistas en materia comercial e impositiva (incluidos los encargados de redactar el decreto reglamentario) asuman el desafío de buscar soluciones a los problemas que en la práctica se van a producir sin ninguna duda, demostrando de esa manera que el título que le hemos puesto a nuestro trabajo no se cumplirá, esto es, que se pueda lograr que vuelvan a la vida los usos y costumbres comerciales vigentes”.