

CESION DE CREDITOS EN GARANTIA
PROBLEMÁTICA FRENTE A LA PRESENTACIÓN DE CONCURSO
PREVENTIVO DEL CEDENTE

Recepción Legislativa en el Proyecto de Reforma, Actualización y
Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

Sumario: I.- Introducción. II.- El fenómeno de la cesión de créditos en garantía – Conceptualización. III.- Caracterización doctrinaria y jurisprudencial. IV.- ¿Puede cederse créditos en garantía? – Naturaleza jurídica. V.- Modalidades que puede asumir la cesión de créditos. VI.- Planteo del problema frente al pedido de concurso preventivo del cedente. VI.1.- Documentos de terceros cedidos en garantía. VI.2.- Documentos de terceros cedidos en fiducia. VI.3.- Documentos de terceros descontados. VII.- Conclusión. VIII. – Nuestra opinión a la luz de la reforma. IX.- Bibliografía.

I.- Introducción

En el derecho positivo vigente de nuestro país, no existen disposiciones normativas específicas que recepten la figura de la cesión de créditos en garantía como tal, por lo menos hasta la fecha, su caracterización ha sido objeto de interés doctrinario y motivo de recepción jurisprudencial, la cual, aplicando las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio en materia de cesión de créditos y del derecho real de prenda, han explicado el fenómeno que se ha venido desarrollando en los últimos años en nuestro país como apalancamiento de operaciones o simplemente en procura de financiamiento.

Diversas han sido las posiciones respecto del régimen jurídico que se le debía aplicar al instituto, algunos autores se han inclinado a favor del régimen de prenda sobre créditos¹, otros en cambio, lo han hecho en pro de las normas

¹ SALVAT, RAYMUNDO J., “*Tratado de derecho civil argentino – Derechos reales*”, 4ª. Edición actualizada por MANUEL ARGANAÑARAZ, IV, pág. 378, Tipografía Editora Argentina, Bs.As., 1960.

generales de la cesión pura y simple², mientras que, para un sector importante de la doctrina, la cesión de créditos en garantía, se rige por los principios generales de los negocios fiduciarios³. Criterio éste último elaborado por el doctor Augusto César Belluscio, como juez de 1ª Instancia, en la sentencia emitida en la causa Farmatex S.A. c. Ferrocarril General Belgrano⁴.

Sin embargo, y por tratarse de una figura atípica, que en la práctica no se presenta con la forma clara y nítida, que por otro lado, si tienen los negocios típicos, no nos parece prudente a esta altura del presente trabajo anticipar conclusiones, sobre una u otra postura, pues podríamos caer en la tentación de inducir al lector a inclinarse por extraer falsas conclusiones.

Desde la sanción de la ley 24.441, es válido y lícito celebrar contrato de fideicomiso con finalidad de garantía. Admitida en esos términos la figura de la cesión de créditos, la distinción entre prenda de créditos y el fideicomiso adquiere relevancia y efectos prácticos, frente a institutos, tales como, el concurso preventivo o la quiebra.

Frente a tal supuesto, es decir, de pedimento de concurso preventivo del cedente, en el caso de cesión en garantía bajo el ropaje de fideicomiso, el fiduciante carecerá o no, de legitimación para perseguir el cobro de los créditos⁵. En tanto, la prenda sobre créditos – constituida antes de la presentación – reviste

² RIVERA, JULIO CESAR, “*Cesión de créditos en garantía*”, LL, 1987-C-867 y la jurisprudencia allí citada.

³ LAFAILLE, HECTOR, “*Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*”, Bs. As. 1945, t. III, n° 1818, pág. 188; en el mismo sentido ARGANARAS, MANUEL J. Su adición a Salvat, DERECHO CIVIL – DERECHOS REALES, t. IV, nota 135 en pág. 178.

⁴ 1ª Inst. Federal Civ. y Com., firme, 6.10.72, JA, 1972-18-497, con nota aprobatoria de GUASTAVINO, *La transmisión de créditos en garantía*, JA, 1972-18-504.

⁵ Conf., SC Bs. As., 30.4.35, JA, 50-664; CNFed. Civ. y Com., 28.4.64, LL, 116-333. Es cierto que en caso del fideicomiso, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria, con lo cual el bien transmitido no puede ser agradecido por los acreedores del fiduciante (salvo fraude); mientras que si es una prenda, la titularidad del crédito quedaría en cabeza del cedente, constituyéndose en beneficio del cesionario un derecho real de prenda. Pero atento a que la prenda comercial otorga una preferencia (art. 582 Cód. de Comercio, aplicable aun en situación de concurso por la remisión del art. 243 LC, la diferencia se vuelve más teórica que práctica.

el carácter de garantía autoliquidable⁶, autorizada por los ordenamientos legales pertinentes, podrá ejecutarse y perseguir su cobro por procesos especiales.

En este sentido, por un lado, vemos la necesidad de tutelar el crédito con garantía autoliquidable, puesto que, no ha sido receptado aún, en nuestra legislación, dejando librado a interpretaciones doctrinarias o jurisprudenciales, cual, debe ser el ordenamiento que resultaría aplicable al instituto, y en el caso particular del concurso preventivo o quiebra del cedente, no es incompatible con la protección de los demás sujetos involucrados en un proceso concursal, pero si, debemos exigir al legislador, reglar claras y precisas, para no desnaturalizar, las ventajas que confieren este tipo de garantías, como son la seguridad y celeridad de cobro, debiendo compatibilizarse aquellas características, con el debido control de legalidad. Por lo que, entiendo podría exigirse o al menos resultaría conveniente, en el caso de concurso o quiebra del cedente, el trámite requerido de insinuación de créditos, con el fin de asegurar en forma acotada, el conocimiento previo a la ejecución⁷, correlacionando las normas que tipifiquen el instituto de la cesión de créditos en garantía, con el resto del ordenamiento legal.

II.- El fenómeno de la cesión de créditos en garantía – Conceptualización

La cesión de créditos como medio apto para posibilitar la obtención de recursos genuinos de financiación, es una figura jurídica habitual y de continua aplicación, mediante la cual, tradicionalmente se recurre para lograr financiamiento, rodeándosela de las mayores seguridades en lo que hace a su instrumentación y estructura técnica.

⁶ Conf. ALEGRIA, HECTOR, en su exhaustivo trabajo *Las garantía autoliquidables*, Rev. De Derecho Privado y Comunitario, vol. 2, pág. 149, en particular n° IV, c) pág. 169.

⁷ Conf. BORETTO, MAURICIO, *“Ejecución de la garantía prendaria constituida sobre cheques de pago diferido de terceros y el concurso preventivo del deudor endosante de los mismos, ED, 189-745.*

Si bien la cesión de crédito, es un contrato mediante el cual, una de las partes se obliga a transferir a la otra el derecho que le compete contra su deudor (art. 1.434, Cód. Civil). Se comparte el criterio que sostiene apropiada la definición siguiendo los concepto de la doctrina civil, que configura al contrato de cesión de derechos, como aquel, en el cual, una de las partes trasmite a la otra un crédito u otro derecho, legalmente cesible, a favor de la otra, quien lo adquiere para ejercerlo en nombre propio⁸.

Conforme ello, los créditos y cualquier derecho patrimonial que resulte cesible conforme las reglas generales, constituye la materia propia de la cesión de créditos, reglamentada por el Código Civil en el Título IV de la Sección III del Libro II⁹.-

III.- Caracterización doctrinaria y jurisprudencial

La doctrina mayoritaria ha coincidido que es un contrato consensual en todos los casos¹⁰, plasmado el consentimiento queda perfeccionado el contrato. La cesión debe ser aceptada expresamente, cuando impone obligaciones bilaterales. En consecuencia, sólo podría existir una aceptación tácita en el caso de la cesión gratuita (art. 1792, Cód. Civil).

La notificación ulterior al deudor cedido, es el procedimiento mediante el cual, se obtiene la oponibilidad frente a los terceros; tendiendo como consecuencia inmediata a asegurar su eficacia. Si la notificación fuere tardía o

⁸ Conf. BENSEÑOR, NORBERTO R. y FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (h.), *“El descuento de facturas, las garantías del banquero y su debida instrumentación”*, Rev. del Notario 1983-790.

⁹ RIVERA, JULIO CESAR, ob. cit., pág. 868.

¹⁰ LOPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO, *“Teoría de los contratos”*, t.2, parte especial, pág. 568, Zavalia, Bs. As., 1991. Define a la cesión de crédito como un contrato consensual, celebrado entre cedente y cesionario, por el cual el primero trasmite al segundo el crédito que le compete contra su deudor. La transmisión se opera entre cedente y cesionario por consentimiento (sujeto a la forma debida), pero sólo es oponible a terceros, en virtud de la notificación. En igual sentido LORENZETTI, RICARDO LUIS, *“Reflexiones sobre el factoring como contrato de garantía”*, pág. 245, Rev. de derecho privado y comunitario, Garantías, Rbinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1993.

defectuosa, no afectaría la esencialidad del contrato, quedando perfectamente perfeccionado sólo entre partes.

No influye sobre esta característica, la circunstancia de que el crédito esté representado en un título y que éste título se entregue o no, v.gr. Certificados globales de deuda. La entrega del mismo, a la cual se refieren los artículos 1434 y 1457 del Cód. Civil, no incide sobre el particular¹¹.

Si el título crediticio no existe, el efecto transitivo igualmente se produce¹², v.gr. Títulos de deuda emitidos sobre títulos no cartulares. Refuerza tal afirmación el texto del artículo 1467 del citado cuerpo legal, que establece que la notificación y aceptación de la transferencia causan el embargo del crédito a favor del cesionario, independientemente de la entrega del título constitutivo del crédito, aunque un cesionario anterior hubiese estado en posesión del título.

El contrato es formal, ello significa que requiere siempre bajo pena de nulidad (art. 1454 Cód. Civil) la forma escrita, aunque el crédito no constare en instrumento público o privado. Puede ser oneroso o gratuito, siéndole aplicable las disposiciones en materia de compraventa, permuta o donación, según el caso (arts. 1435, 1436, 1437 del Cód. Civil).

En particular la cesión de créditos con fines de garantía produce la transferencia del crédito del cedente al cesionario; esta transferencia cumple la función de garantía, que se une a una obligación que puede ser preexistente, contemporánea o futura; hay coexistencia entre el vínculo obligatorio garantizado y el vínculo de garantía; en los casos de cumplimiento del deudor cedente de su deuda, corresponde que el cesionario le restituya el crédito¹³.

IV.- ¿Pueden entonces cederse créditos en garantía? – Naturaleza Jurídica

¹¹ Conf. BENSEÑOR, NORBERTO R. y FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (h.), ob. cit., pág. 791.

¹² BORDA, GUILLERMO, “*Derecho Civil. Contratos*”, t. I, pág. 374.

¹³ SC Mendoza, sala I, agosto 6-1997, Banco de Mendoza en j. 22.216 Compulsa en Carbometal, S.A.I.C. p/conc. prev. ED, 180-514.

Al caracterizar la cesión de créditos de alguna manera se ha respondido el interrogante planteado, pero, sin perjuicio de ello, en el presente acápite esbozaremos las opiniones y particularmente las respuestas más relevantes brindadas por la doctrina y jurisprudencia, que con el correr de los años han ido respondiendo con mayor precisión el interrogante planteado.

En la cesión en garantía, si la obligación principal garantizada se cumple, la cesión queda sin efecto. En supuesto contrario, el cesionario tiene el derecho de gestionar el cobro del crédito, y si tiene éxito en ello, debe aplicar su producido al pago de la obligación garantizada. La doctrina mayoritaria, con disparidad de criterios en cuanto a su significado y alcance, acepta expresamente la procedencia de la cesión de créditos en garantía¹⁴.

Inicialmente el maestro SALVAT, afirmó que: “En cuanto al caso de la prenda de crédito, disimulado bajo la forma de la cesión en garantía, nos parece que la validez de ella no puede ser aceptada, porque una cosa es la cesión de créditos o derechos, la cual implica la transmisión de ellos en propiedad, y la otra la constitución de prenda que sólo representa la constitución de un derecho real de garantía; el mismo Código de Comercio parece corroborar esta tesis, al exigir que el caso de darse en prenda créditos o acciones endosables, se declare expresamente que el endoso lo es en garantía¹⁵.”

Por el contrario LAFALLE, sostiene que mientras con ello no se quieran violar normas inderogables, tales cesiones en garantía deben considerarse legítimas; ello así, aun cuando se aparentara dar un crédito en propiedad y lo fuera sólo en garantía, pues se estaría simplemente ante un negocio fiduciario¹⁶.

¹⁴ Para citar algunos, LOPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO, ob. cit., pág., 649; RIVERA, JULIO CESAR, ob. cit., pág., 868; CAZEAUX, PEDRO-TRIGO REPRESAS, FELIX, *Compendio de derecho de las obligaciones*, 2ª. Edición actualizada, t.1, pág. 628; GUASTAVINO, ELIAS, *La transmisión de créditos en garantía*, JA, 1972-18-594; LORENZETTI, RICARDO LUIS, ob. cit., 246, 247 y 248; VILLEGAS, CARLOS G., *Las garantías del crédito*, pág. 404, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1993.

¹⁵ SALVAT, RAYMUNDO J., ob. cit., pág. 378.

¹⁶ LAFALLE, HECTOR P, ob. cit., pág. 188.

Una opinión distinta a las precedentes es la que nos brinda XANTHOS¹⁷, quien lisa y llanamente se refiere a la cesión de créditos en garantía como cesión *pro solvendo*, sin referirse a una transmisión fiduciaria o a la prenda de créditos.

Más reciente ERNESTO E. NIETO BLANC, estima cuestionable en nuestro derecho positivo la validez de la cesión de créditos en garantía. Funda su opinión en los siguientes motivos: A) no está prevista en el Código Civil y el Código de Comercio. B) es un contrato incompleto que se integra con la causa que lo motiva, con un dato específico representado por la función concreta a la que está dirigido. El Código Civil prevé como posibles causas de transferencia que toda cesión supone, la venta, la permuta y la donación, Por su naturaleza propias ellas tienen función traslativa, no así la garantía, la cual, no parece configurar la causa idónea necesaria para producir la fuerza transiativa que requiere la cesión. C) los contratos no pueden perjudicar a los terceros (art. 503, 953, 1195 y 1199 Cód. Civil), y el art. 3876 claramente dispone: El privilegio no puede resultar sino de disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegios a favor de ninguno de los acreedores. Esta regla es muy importante en el caso, que con pretendida cesión en garantía el deudor está sacando un bien (crédito cedido) de su patrimonio, lo que va en desmedro de sus demás acreedores, que son terceros, y en definitiva la transferencia del crédito viene a dar al acreedor cesionario una situación de privilegio con relación a ese crédito, el que retroceder a su cedente si el mismo lo desinteresa. D) el principio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual (arts. 1143 y 1197 Cód. Civil), sólo rigen entre las partes (y sus sucesores), pero no es admisible cuando perjudica a los terceros¹⁸.

En general al recorrer el pensamiento jurídico argentino, sobre la materia bajo análisis, se observan dos posiciones marcadamente antagónicas. Para

¹⁷ XANTHOS: “Cesión de crédito en garantía *pro solvendo*”, LL, 1998-C-1.

¹⁸ NIETO BLANC, ERNESTO E., *Dación en pago de créditos (pro soluto y pro solvendo), cesión en garantía y prenda de créditos*, La Ley, *Derecho Bancario, o suplemento trimestral del Comité de Abogados de Bancos de la Rep. Argentina*; N° 6 de fecha 6-11-91.

resumirlas, de alguna manera, la primera sostiene, que se trata de un negocio fiduciario, en el que se trasmite en crédito en propiedad, pero con fines de garantía, en virtud del cual el adquirente debe resistir el derecho al transmitente, una vez cumplida la finalidad; en tanto la segunda, considera que la referida cesión, válida en virtud del consensualismo, se le deben aplicar las normas de la prenda de créditos¹⁹.

Por su lado la jurisprudencia, no se ha mantenido ajena al problema, tiene receptadas ambas posiciones elaboradas por la doctrina, pero algunas han avanzado aún más, con el afán de explicar este fenómeno de la cesión de créditos en garantía. En una primera corriente encontramos el precedente “Banco Germánico de la América del Sud c. Rosner, Bruno s- Quiebra”²⁰, el tribunal sostuvo que es una prenda comercial la constituida mediante un convenio por el cual, el deudor cede al bando acreedor, para seguridad de las deudas existentes y futuras hasta la suma determinada, los derechos emergentes de un contrato celebrado ente dicho deudor y un tercero, con entrega al banco del documento contractual y notificación al deudor cedido; sin importar, que se haya utilizado la palabra cesión, la cual, denota una transferencia y no necesariamente una enajenación”.

Otros precedentes judiciales han ponderado la existencia de cesión de créditos en garantía, y le han aplicado las reglas de la prenda de créditos²¹.

Sosteniendo la posición del negocio fiduciario, en un valioso precedente citado *supra*, del Juzgado Federal de 1ª. Instancia en la Capital Federal, el juez Augusto César Belluscio, dijo que: “la cesión en garantía constituye un negocio fiduciario, entendiéndose por tal la modificación subjetiva en la relación preexistente que consiste en la transmisión plena del dominio u otro derecho efectuada con fines de administración, facilitación de encargos o garantía, que por si mismos no exigirán la transmisión, con el surgimiento simultáneo de una

¹⁹ Conf. ARICO, RODOLFO, *Cesión de créditos en garantía*, ED, 173-856.

²⁰ C2a. CC, La Plata, 22/4/41, JA, 74-594.

²¹ SC Buenos Aires, 30/4/35, JA, 50-664; CN Fed. Civ. y Com., 28/4/64; LA LEY, 116-333.

obligación del adquirente de restituir el derecho al transmitente –o transferir a una tercera persona – una vez realizada la finalidad”.

Se advierte también que determinadas doctrinas judiciales, si bien enroladas en una de las posiciones antes mencionadas, reconocen la posibilidad de que los contratantes pacten de manera distinta, la transmisión de créditos en garantía²².

Esta vieja discusión quedaría zanjada, en gran medida, por la recepción legislativa que hace del instituto, el Proyecto para la Reforma, Actualización y Unificación, de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, enviado por el Poder Ejecutivo, al Congreso de la Nación, al introducir en la Sección 1ra., Capítulo 26, Título IV, del Libro Tercero, el Art. 1615: “Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda que créditos se aplicarán a las relaciones entre cedente y cesionario”.

Por ello, resulta plausible por un lado, la recepción normativa expresa del instituto, por otro, la sistematización utilizada en el proyecto y por último, que cierra una disyuntiva de larga data, echando por tierra cualquier tipo de discusión que se quiera plantear en relación a la naturaleza jurídica de la cesión de créditos en garantía, sus características y efectos jurídicos.

V.- Modalidades que puede asumir la cesión de créditos

Tal como se viene explicando el fenómeno, hasta hoy, la cesión en garantía puede en principio adoptar modalidades diferentes. Es práctica común por parte de los bancos la aceptación de cheques de pago diferido o pagaré de tercero en garantía de operaciones realizadas con el cliente, constituyéndose – normalmente – una prenda comercial común (conf. Art. 586, Cód. de Com.); siendo su objeto el crédito cambiario. De esta manera el cuentacorrentista cede en prenda –mediante endoso- los cartulares para garantizar –p. Ej.- el eventual saldo deudor de una cuenta corriente. Dichos documentos son efectivizados por la

²² Voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en autos 60.903, caratulados “Banco de Mendoza en j. 22.216 Compulsa en Carbometal, S.A.I.C. p/conc. prev. s/ cas”, LS, 273-151; ED, 180-514

entidad financiera (endosataria en garantía) contra el tercero librador, una vez constatado el incumplimiento de la obligación principal garantizada a cargo del cliente (endosante en garantía)²³. Esta modalidad, dada la manera de realizar la garantía ha motivado la calificación de “garantías autoliquidables”.

Las garantías autoliquidables, según las define ALEGRÍA, son aquellas en las cuales la realización de la cosa y su aplicación al crédito garantizado se efectúan en forma extrajudicial y por procedimiento que asegura su liquidación inmediata, o alternatively, se permite una estimación del valor de la cosa según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero por ese precio²⁴.

En otras ocasiones, y distinguiéndose de la operación de cesión de créditos en garantía, el cliente (descontado) del ente financiero descuenta documentos (pagarés, cheques, etc.) de tercero (endosándolos en propiedad) en virtud de lo cual, el banco (descontante) paga al primero el importe correspondiente al título de crédito no vencido, descontando los intereses computados por el tiempo que media entre el anticipo y el vencimiento del crédito²⁵.

Pero, el contrato por excelencia que se utiliza para garantizar y a la vez evitar contingencia, es decir acortar el riesgo, entre otras situaciones conflictivas, dada con acreedores de las partes intervinientes en una determinada operación, es el fideicomiso, que por su gran versatilidad, la hace atractiva para la realización de negocios, atracción que se incrementa en virtud del patrimonio de afectación que la figura crea²⁶.

²³ BORETTO, MAURICIO, “Concurso, Fideicomiso de Garantía, Cesión de Créditos en Garantía y Descuento Bancario”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1ª ed., 2005, pág. 125 y 126.

²⁴ ALEGRIA, HECTOR, “Las garantías autoliquidables, Revista de Derecho Privado y Comunitario”. Vol. 2. pp. 152-153

²⁵ Idem, ob. cit., pág., 129.

²⁶ Conf. LYTHGOE, MARTÍN, *Sobre las cláusulas de extinción contractual ante la cesación de pagos, concurso preventivo o quiebra a la luz de la ley de concursos y quiebras*. Revista Argentina de Derecho Empresario, Universidad Austral, Ad-Hoc, 2006, N° 5, p.267.

Por su parte, ¿cabe preguntarse, si dada una u otra modalidad antes aludidas el acreedor prendario, por su parte o el acreedor cesionario por otra, se ven afectados por el concursamiento del deudor cedente, que hizo entrega de los títulos en garantía prendaria o ha dado en propiedad aunque con finalidad de garantía, antes de la presentación en concurso?

Es usual, que toda persona que se presenta en concurso preventivo o se le declara la quiebra, se encuentre vinculada jurídicamente a terceros a través de contratos en curso de ejecución. Pero también es cierto, claro está, que el concurso preventivo y la quiebra, afectan tanto a los contratos que están en curso de ejecución como a los extinguidos, aunque, no es menos cierto que, a estos últimos en mucho menor medida.

De lo expuesto hasta aquí puede concluirse que la temática que abarca el concursamiento del deudor cedente, sea que se otorgue la garantía prendaria o el negocio en fiducia, es compleja y los intereses generados a su respecto, incompatibles, siendo este el principal motivo del presente trabajo.

VI.- Planteo del problema frente al pedido de concurso preventivo del cedente

Expuesto el tema central del presente trabajo, no puede dejar de mencionarse, cosa que no se ignora, que tratándose de garantías reales, existe como finalidad, entre otra, eludir a la ley falimentaria, no obstante, es dable precisar en qué medida ello es factible jurídicamente.

En el concurso preventivo es común que el deudor –al pedir su apertura invocando el art. 16, LCQ- solicite al tribunal la devolución de cartulares de terceros de fecha de vencimiento posterior a la presentación en concurso y entregados al banco antes de aquella, en virtud de la realización de una serie de operaciones de crédito con el ente financiero. Caso contrario –suele alegar el cesante en sus pagos- que el banquero estaría cobrando con posterioridad a la

presentación en concurso una acreencia de causa anterior en violación a la *pars conditio creditorum*²⁷.

Coincidimos con el autor citado, en que la medida referenciada en el párrafo anterior se encuentra erróneamente planteada por el concursado, y ello en virtud de no haberse analizado debidamente la naturaleza jurídica de los institutos en juego, que rodean al negocio jurídico, que dio nacimiento a la obligación y en particular la génesis, en virtud del cual, fueron entregados al ente crediticio los títulos cartulares.

Frente a este escenario, el concursado carece de la facultad de solicitar el recupero de los documentos prendados –con anterioridad a la presentación en concurso del cedente- de manos del acreedor, con invocación del art. 16 de la LCQ y la presunta violación de la *pars conditio creditorum*. Ello es así, por cuanto la operatoria de entrega de documentos de terceros reconoce fecha anterior a la presentación en concurso, por lo tanto, al juez de la causa, le está vedado revisar todo negocio jurídico preexistente al pedimento de concurso, no así en el supuesto de quiebra.

En este sentido, ALEGRIA²⁸, sostiene que por ser un acto del acreedor, también queda fuera del marco del art. 16, LCQ, el cobro de la deuda por el acreedor prendario de créditos, cesionario de créditos en garantía, ya que la prenda de créditos, aun constituida antes de la presentación, es una garantía autoliquidable (arg. art. 587, Cód. de Com.).

Lo que la norma falimentaria impide al concursado, es realizar actos a título gratuito o que impliquen alterar la situación de los acreedores de causa o título anterior a la presentación, quedando fuera todo acto jurídico realizado por el deudor anterior al pedido de formación de concurso, en razón que a ese momento no se encontraba concursado²⁹.

²⁷ Idem, ob. cit., pág., 157.

²⁸ ALEGRIA H, citado por HEREDIA PABLO D., “*Tratado exegético de derecho concursal*”, Tomo 1, Abaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 434.

²⁹ Conf. BORETTO, MAURICIO, ob. cit., pág., 158.

VI.1.- Documentos de terceros cedidos en garantía

Si como se dijo *supra*, para poder dilucidar si el concursado se encuentra amparado por la norma (art. 16 LCQ), es decir, si tiene derecho a solicitar la devolución de los cartulares dados en garantía, debemos de tener en cuenta la naturaleza jurídica de la cesión, y si éstos han sido dados en prenda, otorgada a favor del acreedor prendario, éste no se mantiene al margen del proceso –pues la prenda no supone el traspaso de su titularidad- por lo que correspondería que el acreedor garantizado insinúe su crédito privilegiado en el proceso falencial³⁰.

Compartiendo opinión con el autor, se sostiene que, sin perjuicio de la necesidad de pedir la verificación de su acreencia, el acreedor prendario no debe esperar al dictado de la sentencia verificatoria (art. 36 LCQ), pudiendo en el caso ejecutar la garantía real en los términos de los arts. 587 del Cód. de Com., 21, inc. 2º y 23 de la LCQ; pues recuérdese que nos encontramos frente a una garantía autoliquidable³¹.

Cosa distinta es, si el acreedor prendario puede, en caso de haber gestionado favorablemente el cobro del documento respecto del librador, percibir los fondos, es decir, apropiarse del resultado de la gestión. En este sentido, coincidimos con la opinión vertida por RIVERA quien sostiene que el acreedor sí puede percibir el crédito en virtud de lo expresado en el art. 587 del Código de Comercio, pues estamos en presencia de una garantía autoliquidable³², pero disentimos en tanto el autor citado, sólo sujeta ello, a la posterior rendición de cuentas en los términos del art. 23 de la LCQ, nosotros además de ella, entendemos que previamente deberá insinuar su crédito³³, pues de no hacerlo y

³⁰ Conf. ARICO, RODOLFO, ob. cit., pág. 867; RIVERA, JULIO CESAR, ob. cit., pág. 448.

³¹ Conf. BORETTO, MAURICIO, ob. cit., pág. 160.

³² En igual sentido, C.Nac. Com., sala D, 27/10/94, “Neuberger Hnos, S.A. s/ Concurso Preventivo”, LL, T. 1995_C, pág. 202.

³³ Conf. NISSEN, RICARDO, “Prenda de documentos y facultades del banco frente al concurso preventivo de la deudora prendaria”, LL, 1995-C-201, pp 206/207.

resultar infructuosa la gestión, el acreedor se vería obligado iniciar largos y costosos procesos ulteriores, tales como intentar una verificación tardía.

Otra postura sostiene que el producido de la gestión de cobro deberá ser depositado en una cuenta custodia, hasta tanto se clarifique judicialmente la calidad y extensión de su crédito, tras superar la instancia verifcatoria, podrá efectuar la imputación definitiva de los fondos³⁴.

VI.2.- Documentos de terceros cedidos en fiducia

En el supuestos en examen, cuando se trata de un negocio fiduciario, cobra mayor preponderancia la imposibilidad del concursado de recuperar los documentos cedidos en garantía con anterioridad a la solicitud de concurso fundado en el art. 16 de la LCQ y la presunta violación de la *pars conditio creditorum*. Ello así, por cuanto se ha producido una transmisión real de la titularidad del crédito aunque con finalidad de garantía, con lo cual el derecho cedido se encuentra al margen del proceso concursal del cedente³⁵.

De esta manera, la masa carece del derecho de reivindicar la cosa objeto del negocio fiduciario, o en su caso, el producido de los documentos cobrados al librador por fuera del concurso. Por ello, no se corresponde, en principio, que el *creditor* verifique su acreencia para ejecutar y cobrar extraconcursoalmente el documento respecto del tercero librador³⁶.

No obstante lo anteriormente afirmado, el acreedor endosatario tiene la facultad de insinuar su crédito en el proceso prevencional en virtud de que el concursado endosante es firmante del cartular y, por tanto, garante de pago; por imperio del derecho cambiario, pero claro está, será en carácter de quirografario y bajo condición suspensiva.

³⁴ Conf. MARTORELL, ERNESTO, “*Tratado de los contratos de empresa*”, 2ª ed. Actualizada, t. 2. Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 771/772.

³⁵ BORETTO, MAURICIO, ob. cit., pág. 163.

³⁶ Conf. BORETTO, MAURICIO, ob. cit., pp 163/164.

En el supuesto en estudio, el deudor podrá emplazarlo a rendir cuentas a fin de evitar la duplicidad de acreencias y la prescripción de las acciones cambiarias. Entendemos que, de darse el supuesto de haber gestionado satisfactoriamente el cobro de los documentos, deberá rendir cuentas en el concurso del cedente.

Prestigiosa doctrina³⁷, como así también parte de la jurisprudencia, sostienen que, tratándose de garantías autoliquidables –aplicable a la prenda comercial de créditos instrumentados en cheques de pago diferido de terceros-, el acreedor garantido no está obligado a verificar su crédito (privilegiado), estando sólo obligado a rendir cuentas en los términos del art. 23 de la LCQ, una vez ejecutada la garantía extrajudicialmente.

Conforme lo expuesto, cabe reflexionar si realmente una interpretación sistemática de la ley 24.522 y de nuestro ordenamiento jurídico en su totalidad, permite excepcionar al crédito garantizado con una garantía autoliquidable de la carga verifcatoria, y los efectos que ello pudiere traer aparejado.

El quid de la cuestión es el siguiente: Conforme nuestro ordenamiento jurídico interpretado sistemáticamente, cabe preguntarse ¿debe existir un previo control de legalidad del crédito y su garantía ante la ejecución de garantías autoliquidables?, es decir, ¿El conocimiento judicial, siempre debe preceder a la ejecución de los bienes de una persona?, entendemos que en principio sí, por imperio constitucional.

VI.3.- Documentos de terceros descontados

³⁷ RIVERA, JULIO CÉSAR. “La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente” ED, 173-448; Instituciones de Derecho Concursal, Rubinzal Culzoni, Bs. As. 1997. T1. Pág. 236; ANTONIO TONÓN, Derecho Concursal, Bs. As. 1992, pág. 246.

En este supuesto se verifican los argumentos y explicaciones brindadas *supra* respecto de los documentos cedidos en fiducia, no obstante si mencionar que el endosatario (banco descontante) –en virtud del endoso- no deja de ser acreedor del concursado (en su calidad de tomador/endosante) y, por lo tanto, garante del pago, art. 16 de la ley 24.452 y arts. 16 y 103, dec. ley 5965/63.

VII.- Conclusión

En el caso de la cesión de créditos en garantía, es menester distinguir la cesión fiduciaria y la prenda de créditos. En el primer caso (cesión en fiducia), se produce una cesión *pro solvendo* del crédito y en propiedad, aunque en garantía. De esta manera, los títulos de crédito salen del patrimonio del deudor concursado, razón por la cual, el endosatario (fiduciario) puede cobrar directamente su acreencia del tercero librador (deudor cedido en fiducia). Esta última gestión de cobranza por parte del endosatario, no puede ser impedida por el juez del concurso, pues la acreencia ha sido transmitida en propiedad al cesionario desde la fecha misma en que se realizó la operación de garantía, la que fue anterior al pedimento concursal.

En el segundo caso (prenda de créditos), si bien hay una operación de garantía, el crédito no fue cedido en “propiedad” al acreedor prendario, sino que subsiste en tal calidad en el peculio del deudor prendario endosante (sólo se transmite la tenencia del concursado). Sobre esta premisa, el juzgador, no obstante haberse perfeccionado la prenda de manera preconcursal, tiene la facultad de intervenir e impedir que el acreedor prendario se cobre directamente del tercero librador sin ningún control, pues, ello podría afectar la *pars conditio creditorum*³⁸.

³⁸ Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de la Ciudad de Mendoza, autos 6474, caratulados “San Pablo p/conc. prev.”, inédito; Primer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de la Ciudad de Mendoza, autos 37.109, caratulados “AMSA y Fideicomiso Mendoza en J° 36.025 p/conc. prev. p/ cuestiones conexas” inédito.

Dada la particular característica de ciertos créditos y la garantía con la cual se encuentran garantizados, de la que, derivaría la necesidad de asegurar la máxima rapidez en su protección, ha tomado cuerpo la idea de independizar la ejecución del conocimiento judicial. Se ha autorizado, de esta manera, la posibilidad de obtener la realización del crédito y su garantía sin que medie una previa intervención jurisdiccional que fije la plataforma fáctica y declare la normativa que le es aplicable, procediéndose directamente a la etapa ejecutiva -sin asegurarle al deudor defensa previa alguna al momento de la ejecución, en una etapa de conocimiento judicial aunque breve o acotada.

Para ello, la ley ha debido equiparar ciertos documentos o títulos ejecutivos extrajudiciales -en cuanto representan determinados actos jurídicos-, a la sentencia judicial, adjudicándole prácticamente la misma eficacia de provocar, en forma coactiva, una actividad ejecutiva por el acreedor contra los bienes del deudor, prescindiendo del previo conocimiento del juez que permita controlar la legitimidad del crédito y la garantía que se ejecutan.

Se sostiene, que en nuestro sistema legal constitucional no tiene asidero la equiparación antedicha, aun cuando la misma provenga de la propia ley (pensemos en el caso de la ejecución privada de la prenda con registro, art. 39 decreto-ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962). Pues lo que con ella se impide, es la asimilación en sus efectos de ciertos títulos ejecutivos extrajudiciales y la sentencia judicial -en cuanto ambos permitirían idéntica actividad ejecutiva contra el patrimonio del deudor, sin posibilidad defensiva por parte de éste previa a la ejecución-, es nuestra Norma Fundamental, en su Art. 18 expresa, que nadie puede ser ejecutado en sus bienes sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

A tal efecto no debemos olvidar que, entre la sentencia y el título ejecutivo extrajudicial existen importantes diferencias³⁹. La sentencia es un acto jurídico de derecho público, emanada de uno de los Poderes del Estado en ejercicio de sus funciones específicas y el título ejecutivo es un acto de derecho privado, fruto del acuerdo o convención de los particulares. La sentencia es el resultado de un proceso, que debe ajustarse a las formalidades que aseguran las defensas de los derechos (audiencia y prueba) y consta siempre en un instrumento público, y el título ejecutivo se forma en general, de acuerdo a lo que libremente convengan los interesados y en cuanto al instrumento, puede ser público o privado.

La sentencia, por su origen y forma, es indiscutible y por ello mismo sólo pueden oponerse, en los trámites de su ejecución, las defensas nacidas con posterioridad a la fecha dictada y el título ejecutivo careciendo de iguales garantías, puede y debe ser examinado oficiosamente por el juez y sufrir la oposición de defensas anteriores y posteriores a su nacimiento, ya que surge de un acto privado.

Por último, la sentencia tiene un efecto exclusivo y propio, cual es, el de la cosa juzgada, que la convierte en inimpugnable e indiscutible, poniendo fin a la controversia en forma definitiva -impidiendo que sea motivo de nueva discusión- y permitiendo la ejecución de la resolución judicial. Por el contrario, no es posible extender los efectos de la cosa juzgada a los negocios jurídicos concluidos por los particulares al dar nacimiento a los títulos ejecutivos, pues, estos no encuentran sustento en una declaración oficial de certeza proveniente de un imparcial relevamiento de la situación jurídica discutida.

Conforme lo expuesto, si eliminamos toda posibilidad que permita al deudor -con carácter previo- ser oído frente a la ejecución de ciertos títulos

³⁹ PODETTI, RAMIRO, “*Tratado de las ejecuciones*”, Ediar, t. VII A. 2ª ed., Segunda Parte, El Proceso Ejecutivo Típico, cap. VI, p. 78-81.

extrajudiciales, desde el punto de vista práctico, lo estamos sometiendo a una suerte de ejecución de sentencia, sin que se hayan reunido para que esto sea posible, los presupuestos necesarios mencionados *supra*.

Y aun cuando semejante proceder, esté avalado por la propia legislación creadora del título, mientras exista una garantía individual constitucional que resguarde la defensa en juicio de la persona y sus derechos (art. 18, CN), este tipo de ejecuciones extrajudiciales, en las cuales, no hay conocimiento judicial previo a la ejecución, tendrán sobre sí la amenaza permanente del vicio de la inconstitucionalidad. Aun cuando se autorice al deudor, en juicio ordinario posterior, el ejercicio de los derechos que tenga que reclamar contra el acreedor⁴⁰.

VIII.- Nuestra Opinión

Conforme lo expresado precedentemente cabe destacarse que, frente al concurso preventivo del deudor endosante, existe una diferencia sustancial entre acreedor prendario y el acreedor descontante o fiduciario.

Pero en derecho nunca está todo dicho, y menos aún lo está en materia de cesión de créditos en garantía. Entonces cabe preguntarse el problema cuya respuesta intentamos dar, es decir, si para garantizar la satisfacción de un crédito, se cede otro crédito, hemos constituido una prenda de crédito o celebrado un negocio fiduciario. El Proyecto para la Reforma, Actualización y Unificación, de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, enviado por el Poder Ejecutivo, al Congreso de la Nación, al introducir en la Sección 1ra., Capítulo 26, Título IV, del Libro Tercero, el Art. 1615: “Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda que créditos se aplicarán a las relaciones entre cedente y cesionario”, con

⁴⁰ BORETTO, MAURICIO, “Ejecución de la garantía prendaria constituida sobre cheques de pago diferido de terceros y el concurso preventivo del deudor endosante de los mismos”. MJD1444 (ED,189-745).

lo cual, toda discusión en este sentido, quedaría sin argumento, puesto que, a la cesión de créditos en garantía, le son aplicables las reglas de la prenda de créditos. Ahora bien, pero la problemática central, a la que debemos dar respuesta, puesto que, entiendo aún no existe una norma específica, que regule lo ocurre frente al concurso del cedente.

Ciertas instituciones bancarias han sido facultadas por sus respectivos ordenamientos legales a disponer la subasta de los bienes de sus deudores, con prioridad a otros ejecutantes y sin sustanciación de ejecuciones judiciales⁴¹.

Como se dijo, la necesidad de tutelar el crédito con garantía autoliquidable, no es incompatible con la protección de los demás sujetos involucrados en el proceso concursal. Las ventajas que confieren este tipo de garantías, como la seguridad y celeridad de cobro, debe compatibilizarse con el debido control de legalidad, debiendo en tal caso, exigirse además el trámite verificatorio con el fin de asegurar en forma acotada, el conocimiento previo a la ejecución.

Pero, según la redacción del actual 23 de la LCQ y los ordenamientos particulares, este requisito no sería exigible, se sostiene que, si bien no exigible resultaría conveniente, en tanto y en cuanto, el acreedor verificante no tendría que esperar el resultado de la resolución del art. 36 de la LCQ, pudiendo ejecutar el cobro de la garantía autoliquidable mediante ejecuciones especiales, de modo tal que, si esta llegara a fracasar por algún motivo, tendría la posibilidad de continuar el cobro de su acreencia en el proceso preventivo, participar con su voluntad a la formación de mayorías y votar el acuerdo preventivo.

De la otra manera, se vería impedido o mejor dicho obligado, a iniciar una incidencia de verificación tardía, art. 56, LCQ, con todo lo que ello implica.

Si creemos que la autonomía negocial en la cesión de créditos en garantía, tiene en su faz práctica, un papel decisivo para determinar si ella importa un

⁴¹ ZAMUDIO, Teodora y GERSCOVICH, Carlos G., "Concurso" - Sinopsis Crítica - Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 411.

negocio fiduciario, o una prenda de créditos. Por cuanto, dado el primer supuesto, su cobro quedaría fuera del ámbito del concurso del cedente, en tanto el segundo, si bien su ejecución según sea el caso de las garantías autoliquidables, eventualmente, fuera del proceso preventivo, tiene la carga, ejercido el derecho a ejecutar mediante remate no judicial, rendir cuentas en el concurso.

Circunstancia que, a nuestro juicio, amerita al menos una modificación en la redacción del actual art. 23 de la LCQ, que permita insinuar el crédito, y ejercer la opción de ejecutar mediante remate no judicial, en forma expresa, y no llegar a esta conclusión por vía de interpretación.

Por otro lado, entendemos que es de buena técnica legislativa, que al hacer la remisión el proyecto, en cuanto que la cesión en garantía se regirá por las reglas de la prenda de créditos, al revisar el articulado, referido a la prenda de créditos, podemos observar que, no se hace referencia al supuesto de concurso del cedente o cesionario, tal como lo hace cuando trata la cesión de créditos.

Proponemos, que en la Sección 3ra., del Proyecto para la Reforma, Actualización y Unificación, de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, de la “Prenda de Créditos”, se incluya una norma que contemple el supuesto de concurso preventivo del acreedor prendario, ya que la mera remisión a las reglas del mandato no solucionan el problema, entendemos que el Art. 2234 “Conservación y cobranza” no es suficiente, debe contener una específica remisión a la Ley Concursal, más precisamente al procedimiento establecido en el Art 23, norma a la que debe agregársele, como requisito para iniciar el procedimiento de ejecución de una garantía autoliquidable, la insinuación del crédito en el proceso de concurso, con lo que se estaría verificando también el cumplimiento del precepto constitucional contemplado en el Art. 18 de la Carta Magna, es decir, el control de legalidad exigido, lo que estaría dado finalmente, por el juez concursal, sin que esto importe, bajo ningún punto, desnaturalizar el instituto de la cesión de créditos en garantía sus principales ventajas, como lo son la seguridad y celeridad del cobro.

VIII.- Bibliografía

ARGAÑARAS, MANUEL J. Su adición a Salvat, DERECHO CIVIL – DERECHOS REALES, t. IV.

ARICO, RODOLFO, *Cesión de créditos en garantía*, ED, 173-856.

ALEGRIA, HECTOR, en su exhaustivo trabajo *Las garantías autoliquidables*, Rev. De Derecho Privado y Comunitario, vol. 2.

BORDA, GUILLERMO, “Derecho Civil. Contratos”, t. I.

BORETTO, MAURICIO, “Ejecución de la garantía prendaria constituida sobre cheques de pago diferido de terceros y el concurso preventivo del deudor endosante de los mismos, ED, 189-745.

BORETTO, MAURICIO, “Concurso, Fideicomiso de Garantía, Cesión de Créditos en Garantía y Descuento Bancario”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1ª ed., 2005.

BENSEÑOR, NORBERTO R. y FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (h.), “El descuento de facturas, las garantías del banquero y su debida instrumentación”, Rev. del Notario 1983-790.

CAZEAUX, PEDRO-TRIGO REPRESAS, FELIX, *Compendio de derecho de las obligaciones, 2ª. Edición actualizada*, t.1.

GUASTAVINO, ELIAS, *La trasmisión de créditos en garantía*, JA, 1972-18-594;

HEREDIA PABLO D., “Tratado exegético de derecho concursal”, Tomo I, *Abaco de Rodolfo Depalma*, 2000, p. 434.

LAFAILLE, HECTOR, “Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales”, Bs. As. 1945, t. III, nº 1818,

LOPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO, “Teoría de los contratos”, t.2, parte especial, pág. 568, Zavalía, Bs. As., 1991.

LORENZZETTI, RICARDO LUIS, *“Reflexiones sobre el factoring como contrato de garantía*, Rev. de derecho privado y comunitario, Garantías, Rbinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1993.

LYTHGOE, MARTÍN, *Sobre las cláusulas de extinción contractual ante la cesación de pagos, concurso preventivo o quiebra a la luz de la ley de concursos y quiebras*”. *Revista Argentina de Derecho Empresario, Universidad Austral, Ad-Hoc, 2006, N° 5, p.267.*

MARTORELL, ERNESTO, *“Tratado de los contratos de empresa”*, 2ª ed. Actualizada, t. 2. Depalma, Buenos Aires, 2000.

NIETO BLANC, ERNESTO E., *Dación en pago de créditos (pro soluto y pro solvendo), cesión en garantía y prenda de créditos*, La Ley, *Derecho Bancario, o suplemento trimestral del Comité de Abogados de Bancos de la Rep. Argentina; N° 6 de fecha 6-11-91.*

NISSEN, RICARDO, *“Prenda de documentos y facultades del banco frente al concurso preventivo de la deudora prendaria”*, LL, 1995-C-201.

PODETTI, RAMIRO, *“Tratado de las ejecuciones”*, Ediar, t. VII A. 2ª ed., Segunda Parte, El Proceso Ejecutivo Típico, cap. VI, p. 78-81.

RIVERA, JULIO CESAR, *“Cesión de créditos en garantía”*, LL, 1987-C-867 y la jurisprudencia allí citada.

SALVAT, RAYMUNDO J., *“Tratado de derecho civil argentino – Derechos reales”*, 4ª. Edición actualizada por MANUEL ARGAÑARAZ, IV, Tipografía Editora Argentina, Bs.As., 1960.

VILLEGAS, CARLOS G., *Las garantías del crédito*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1993.

XANTHOS: *“Cesión de crédito en garantía pro solvendo”*, LL, 1998-C-1.

ZAMUDIO, Teodora y GERSCOVICH, Carlos G., *“Concurso” - Sinopsis Crítica - Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2001, p. 411.