Título: La prenda de créditos: cuestiones de lege lata y de lege ferenda (1)

Autor: Podrez Yaniz, Javier A.

País:

Argentina

Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 213, 591

Fecha: 16-06-2005 Cita Digital: ED-DCCLXVII-899

Sumarios

I. Introducción. – II. Denominación. – III. Antecedentes de la prenda de créditos. Diferencias entre la prenda y el pignus nominis. – IV. Acepciones. Definición legal. – V. Características de la prenda como contrato. – VI. Notificación del deudor cedido. – VII. El crédito como objeto de la prenda. – VIII. El instrumento como cosa mueble por su carácter representativo. – IX. La prenda de créditos como derecho real. – X. El caso especial de la prenda de títulos valores. – XI. La prenda de acciones. – XII. Conservación del crédito prendado. – XIII. Modalidades de ejecución. – XIV. La prenda de créditos y la cesión de derechos en garantía. – XV. Conclusiones.

La prenda de créditos: cuestiones de lege lata y de lege ferenda (1)

I

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la prenda de créditos y su encuadre legal; en la inteligencia de que se trata de una garantía cuya mayor difusión –a partir de un esquema normativo que le sea propicio– contribuirá a mitigar la influencia, muchas veces paralizante, que el riesgo comercial ejerce sobre nuestra vapuleada economía.

Se incluyen comentarios de índole general sobre la figura de la prenda; es decir, no restringidos a la prenda de créditos. En tales casos deberá tenerse presente que se hace mención a la denominada prenda común o con desplazamiento regulada por el Código Civil y el Código de Comercio(2).

II

Denominación

La palabra “prenda” deriva del vocablo latino prehendo o prendo, que significa “tomar con la mano”. Otro vocablo latino relevante para determinar el origen etimológico de la palabra prenda es pignus, que hace referencia a la cosa dada en garantía del cumplimiento de una obligación. El vocablo “crédito” también deriva de una palabra latina: creditum, que refiere el “lado activo” de un vínculo obligacional(3).

La denominación “prenda de créditos” tiene su antecedente más lejano en el derecho romano, en la expresión pignus nominis. Esta denominación, también utilizada en el Derecho Común, fue ulteriormente receptada en los códigos del siglo XIX. Las denominaciones que la figura recibe en el Código Civil francés y en el suizo son nantissement de créances y gage de créances respectivamente. En el Código Civil italiano se la identifica como pegno dei creditti, en tanto que en el Código Civil alemán recibe la denominación de pfandrech an forderungen(4).

III

Antecedentes de la prenda de créditos.

Diferencias entre la prenda y el pignus nominis

Tal como anticipamos, entre los romanos se utilizó la figura del pignus nominis, cuya presencia es notoria en las normas de la época imperial(5). Conviene destacar que el pignus nominis no tiene por origen la fiducia romana. Esta figura, consistente en una modalidad de cesión de la propiedad, era instrumentada mediante formas de transferencia como la mancipatio o la in iure cessio y –por tal motivo– sólo podía tener como objeto las cosas mancipi (fundos, casas, terrenos en suelo itálico, caballos y animales de labor, servidumbres rústicas de paso y acueductos) o nec mancipi (resto de las cosas de uso personal). Como las obligaciones no eran consideradas dentro de ninguna de estas categorías, no podían ser objeto de las mencionadas formas de transferencia.

Sin perjuicio de lo que podría deducirse de su propia denominación, el pignus nominis no reunía las características de una prenda por las siguientes razones: “1º El pignus nominis, como modalidad de prenda de derechos no aparece junto al verdadero pignus sino a finales de la época clásica (en el período del Imperio), como respuesta a las necesidades exigidas por el tráfico jurídico, al entenderse que todo lo que se podía ceder o vender podía ser pignorado, ya que la prenda se concebía como una forma de enajenación parcial. 2º No puede decirse que fuese un contrato de prenda manual o pignus datum, porque se trataba de la cesión de la acción. La prenda manual, como contrato real, exigía la entrega material de la cosa. Tampoco podía

hablarse de cuasi-posesión, entendida como posibilidad de ejercicio de un derecho, porque ésta sólo fue admitida en Roma para determinados derechos reales: la servidumbre y el usufructo. 3º Finalmente, tampoco puede afirmarse que la prenda de créditos fuese una forma de prenda convencional (también denominada pignus conventum o hipoteca) porque en los supuestos de incumplimiento por el deudor se otorgaba al acreedor pignoraticio la acción útil que le correspondía a aquél frente al deudor cedido y no una actio serviana o quasi serviana, también llamada hipotecaria, frente al pignorante. En conclusión, en el Derecho Romano se aplicaban las normas de la cesión de acciones al pignus nominis. Por ello, los romanistas afirman mayoritariamente, que el denominado pignus nominis no fue en el Derecho Romano una verdadera prenda, sino únicamente una cesión limitada o condicionada con fines de garantía"(6).

La figura objeto de nuestro análisis fue contemplada en las Partidas de Alfonso el Sabio: la Partida 5ª, Tít. 13, ley 2, menciona los créditos como "cosas que pueden ser dadas en peños". Lo propio hace el Código Civil francés de 1804, en sus arts. 2075 y 2081.

IV

Acepciones. Definición legal

La palabra "prenda" es utilizada en nuestro sistema legal para denominar el derecho real sobre un bien mueble ajeno, el contrato que sirve para constituirlo y el mismo bien dado en garantía.

Tanto el Código Civil como el Código de Comercio se ocupan de definir la prenda como contrato. Así, el art. 3204 del cód. civil establece: "Habrá constitución de prenda cuando el deudor por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda".

Según el art. 580 del cód. de comercio: "El contrato de prenda comercial es aquel por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una operación comercial".

El tratamiento de la misma figura contractual en ambos códigos permite distinguir entre la prenda civil y la comercial según la índole de la operación garantizada: "En la prenda común su carácter será civil o comercial según sea accesoria y garantice una obligación civil o comercial"(7). Esta distinción surge con total claridad del art. 580 del cód. de comercio que identifica la prenda comercial como aquella que garantiza una operación comercial.

Si bien ambas figuras son sustancialmente similares(8), presentan características que las diferencian entre sí (además de la ya señalada circunstancia de garantizar operaciones de distinta índole). Según lo previsto en el art. 3217 del cód. civil, la prenda civil requiere ser instrumentada por medio de un documento escrito y con fecha cierta. La prenda comercial (conocida como común o tradicional) no requiere instrumentación por escrito para ser válida entre las partes, pero sí debe estar instrumentada por escrito para tener efectos frente a terceros (art. 581, cód. de comercio). Así se ha sostenido: "Al igual que el art. 3204 del cód. civil para la prenda civil, el transcripto art. 580, cód. de comercio caracteriza más que al derecho real, al contrato que lo constituye. Corresponde, pues, definir el derecho de prenda comercial (con desplazamiento), como el derecho real accesorio de un crédito comercial, en función de garantía, que recae sobre una cosa mueble que debe entregarse al acreedor prendario. La prenda comercial ofrece peculiaridades que la distinguen de la civil, como las atinentes a la forma del contrato constitutivo, a la tradición, y a la ejecución"(9).

Las mencionadas diferencias en materia de tradición del bien prendado y ejecución serán analizadas infra.

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio redactado por la comisión designada por el decreto 685/96 (en adelante, el "Proyecto"), define la prenda en general de la siguiente manera: "La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes" (art. 2114).

El Proyecto –a diferencia del Código Civil y del Código de Comercio– contiene una sección especialmente dedicada a la prenda de créditos (Sección Segunda del libro V, tít. XII). Ello resulta de la convicción de la comisión autora del Proyecto, expresada en los "Fundamentos del Proyecto de Código Civil", en los siguientes términos: "Al igual que las reformas proyectadas desde 1987, se pone énfasis en las normas atinentes a la prenda de créditos, pensada por Vélez Sársfield para negociaciones menores, pero que en el presente es imprescindible para acompañar la financiación de contratos de obras y servicios que contribuyan a satisfacer un proceso sostenido de desarrollo". En su art. 2122, el Proyecto establece: "La prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido...".

V

Características de la prenda como contrato

Las partes del contrato de prenda son (a) el acreedor prendario, (b) el deudor de la obligación principal y (c) el constituyente de la prenda. Los roles identificados en (b) y (c) pueden coincidir o no en una misma persona.

En este último caso, nos encontramos ante un tercero distinto del deudor garantizado, que constituye la prenda sobre un activo de su propiedad. Estas afirmaciones relativas al contrato de prenda en general resultan obviamente aplicables a la prenda de créditos.

Una de las principales características de la prenda es su condición de contrato real cuyo perfeccionamiento exige la entrega de la cosa prendada: "...sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato" (art. 1141, cód. civil). El ya transcripto art. 3204 del cód. civil exige la entrega "de una cosa mueble o un crédito". En el mismo sentido, el contrato de prenda es incluido en el listado de contratos reales del art. 1142 del referido cuerpo legal, que reza: "Forman la clase de los contratos reales, el mutuo, el comodato, el contrato de depósito, y la constitución de prenda y de anticresis".

El carácter real del contrato de prenda es confirmado por lo dispuesto por el art. 3206 del cód. civil, en tanto determina que los derechos del acreedor pignoraticio subsisten mientras él o un tercero convenido por las partes se encuentra en posesión de la cosa prendada.

El Código de Comercio también se hace eco del carácter real del contrato de prenda. Su art. 584 dispone: "La entrega puede ser real o simbólica, en la forma prescripta para la tradición de la cosa vendida...".

En lo que a la prenda de créditos se refiere, el carácter real del contrato objeto de análisis surge con claridad del art. 3209 del cód. civil, que exige la entrega del título prendado al acreedor pignoraticio. Por su parte, al referirse a la prenda de títulos valores, el art. 584 del cód. de comercio contempla como requisito ineludible el de su entrega al acreedor.

El Proyecto también menciona la tradición de la cosa o crédito prendado como requisito constitutivo de la prenda (art. 2114).

De conformidad con lo indicado supra, se ha sostenido: "Para la protección de la prenda del crédito se requiere que exista el documento escrito (art. 3212, CC), y es indispensable, desde luego, su entrega al acreedor. El moderno derecho italiano autoriza implícitamente la prenda de crédito aunque no exista documento (art. 2801, CC), lo cual se separa de los principios clásicos de la prenda e introduce, a nuestro juicio, confusión y peligro en las relaciones comerciales"(10).

Además de real, la prenda es un contrato formal. A efectos de su oponibilidad frente a terceros, la prenda civil debe estar instrumentada mediante escritura pública o instrumento privado dotado de fecha cierta, en tanto que la comercial requiere su instrumentación por escrito(11). También se caracteriza por ser un contrato accesorio (en tanto sirve de garantía a una obligación

principal distinta de sí) y unilateral (en tanto una vez constituida sólo genera sobre el acreedor pignoraticio la obligación de conservación del activo prendado y su restitución en caso de cancelación de la obligación garantizada).

También los códigos civiles de Francia, Italia y Suiza exigen la formalización escrita del contrato de prenda(12).

VI

Notificación del deudor cedido

El art. 3209 del cód. civil establece: "Si el objeto dado en prenda fuese un crédito, o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, deber ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor, o a un tercero aunque él sea superior a la deuda".

Es aquí pertinente traer a colación la nota al art. 3209, en la que se expresa que el acreedor pignoraticio "toma posesión del crédito por la notificación al deudor del derecho de prenda constituido", lo que le confiere "un privilegio que puede oponerse a terceros".

La mención que el art. 584 del cód. de comercio contiene respecto de la falta de necesidad de notificación del deudor cedido en los casos de prenda sobre "títulos de deuda, acciones de compañía o papeles de crédito..."(13) permite inferir a contrario sensu que en los demás casos sí corresponde la notificación del deudor cedido. Ello también resultará –en lo que a la prenda comercial respecta– como consecuencia de la aplicación subsidiaria del Código Civil, según prevé el Título Preliminar I del Código de Comercio.

El Proyecto es más categórico al establecer que la notificación del deudor cedido es un elemento constitutivo de la prenda de créditos: "La prenda de créditos se constituye cuando se notifica la existencia del contrato al deudor del crédito prendado" (art. 2123).

VII

El crédito como objeto de la prenda

Según surge del ya mencionado art. 3209 del cód. civil, pueden prendarse créditos o "...acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso". El art. 583 del cód. de comercio

dispone: “Pueden darse en prenda bienes muebles, mercancías u otros efectos, títulos de la deuda pública, acciones de compañías o empresas, y en general cualesquiera papeles de crédito negociables en el comercio”. Tal como señalamos supra, el Proyecto contempla expresamente la constitución de prenda sobre créditos (art. 2122 y sigs.).

Según la jurisprudencia, la enumeración contenida en el artículo del Código de Comercio transcripto supra no es taxativa: “En principio, todo crédito –y el aporte es un crédito del socio contra la sociedad– es prendable. Este criterio que informa los arts. 3204, 3209 y 3211 del cód. civil es también aplicable en materia mercantil (ver Malagarriga, “Cód. de Com. Comentado”, 1918, t. 3, pág. 324 y Segovia, “Expl. y crítica del cód. de com.”, t. 2, pág. 129 al comentar el art. 583 del cód. de comercio). La norma del art. 583 del cód. de comercio no es, pues, limitativa ni excluye la aplicación de las citadas disposiciones del cód. civil”(14).

El art. 3212 del cód. civil sólo exige que el crédito cedido conste en un “título por escrito”. De esta manera, “...cualquier crédito que conste por escrito puede ser dado en prenda en seguridad de un crédito”(15).

Según el art. 2122 del Proyecto: “La prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido”.

Sin embargo, la exigencia de que el crédito dado en prenda se encuentre instrumentado no debe entenderse en el sentido de que esté “incorporado” al referido instrumento. Bastará con que del instrumento que se entregue en prenda surja la causa fuente del respectivo crédito. En abono de esta afirmación corresponderá aplicar analógicamente los arts. 1444 y 1448 del cód. civil, que respectivamente prevén la cesibilidad de todo derecho que se encuentre en el comercio (a menos que su causa sea ilícita) y de los créditos que podrían resultar de convenciones aún no concluidas(16). Éste es el criterio que mantiene el Proyecto en el ya citado art. 2122, que dispone: “La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento”.

En el mismo sentido, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo: “Resulta improcedente rechazar una revisión con base en que las facturas anejadas no pueden ser objeto de cesión de crédito en garantía, pues no se trata de títulos de crédito. Ello pues se considera preliminarmente que el Código de Comercio (art. 583) admite la prenda de títulos de la deuda pública, acciones de compañías y en general papeles de crédito negociables en el comercio, lo que no resulta excluyente de otros créditos no instrumentados en la forma prevista en la citada norma, pues de lo contrario resultaría de aplicación la legislación común. A más, si bien de conformidad con lo normado por el Código Civil (art. 3211), para que una cesión de crédito en garantía se resuelva en una prenda de créditos, con la correspondiente preferencia frente a los demás acreedores, será necesario que el crédito conste por escrito, se notifique al deudor cedido y se entregue el documento; sin embargo, ello no implica que sea necesario que el crédito esté incorporado al documento, en el sentido que a la incorporación se le da en

materia de letra de cambio y otros títulos circulatorios (conf. Rivera, Julio C., “Cesión de créditos en garantía”, LL, 1991-C-867). A más, las facturas conforme a su régimen legal (art. 474, cód. de comercio) poseen óptima eficacia liquidatoria y probatoria del negocio que instrumentan, por lo que cabe, en principio, estar a sus términos si –como en el caso– hubiere transcurrido el término legal del art. 474 sin impugnación (Zavala Rodríguez, J. C., “Código”, 1965, t. II, pág. 147, parág. 1331). Por ende, la factura constituye el documento escrito que refleja la existencia de un crédito nacido por servicios prestados por la concursada a distintos entes, las cesiones fueron debidamente notificadas a los deudores cedidos y los instrumentos respectivos constan en poder del incidentista”(17).

Tampoco puede considerarse como obstáculo para la admisibilidad de la prenda de créditos futuros, la exigencia legal de entrega de todos los documentos que instrumentarán tales créditos. Es perfectamente viable la entrega de un título en el que conste un crédito no actual sino futuro. Tal es la doctrina del caso “Banco Germánico”, referida a la cesión en garantía a favor de una entidad financiera de “los derechos a los cobros actuales y futuros” que le correspondían al deudor cedente bajo un contrato de locación de obra(18).

Sin perjuicio de lo dicho supra, la instrumentación por escrito del crédito prendado no parece ser un requerimiento de cumplimiento ineludible en otros sistemas legales. Así, en obvia referencia al derecho de su país, Messineo sostiene: “...el contrato de prenda de crédito es, por sí, contrato no-solemne, en cuanto puede constituirse aun cuando no exista un documento que compruebe el crédito que se da en prenda; y por consiguiente, puede haber prenda de crédito no-documentado”(19).

Se ha discutido sobre la posibilidad de prendar créditos futuros. La aplicación analógica de las normas sobre cesión de créditos a la transmisión de éstos a título de garantía, permite arribar a una respuesta afirmativa al referido interrogante. Ello resulta de aplicar a la prenda de créditos lo dispuesto por los arts. 1446 a 1448 del cód. civil respecto de la posibilidad de ceder créditos futuros.

Así, los créditos futuros pueden ser cedidos y tal cesión será oponible a terceros como consecuencia de la notificación al deudor cedido. Algo similar ocurre con la prenda de créditos, a saber: (1) es posible prendar créditos futuros y (2) la oponibilidad frente a terceros de la transmisión de tales créditos a título de garantía (y del consiguiente privilegio prendario), se logra mediante la notificación al deudor cedido.

Junto con Rivera podemos concluir que: “...no creemos que pueda existir objeción en nuestro derecho positivo a que la prenda de créditos o cesión de créditos en garantía pueda tener por objeto créditos futuros, con tal de que se efectúe la notificación al deudor cedido y se entregue el instrumento en el cual conste la causa fuente de la cual puede nacer el crédito”(20).

La prenda de créditos futuros podría verse dificultada por lo previsto en el art. 2092 del Proyecto, que referido a las garantías reales en general, dispone: “Pueden ser objeto de los derechos reales de garantía, las cosas y los derechos, en los casos previstos en este Libro, si son actuales y están especialmente individualizados” (el subrayado es nuestro).

VIII

El instrumento como cosa mueble

por su carácter representativo

Los instrumentos en los que constan créditos son “prendables” en tanto cosas muebles por su carácter representativo. El art. 2319 in fine del cód. civil confiere el carácter de cosa mueble a “...todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales”. Así, la propiedad del instrumento como cosa representativa de un derecho creditorio, confiere al acreedor una posición jurídico-real de titularidad del crédito respectivo(21).

En sentido contrario a lo aquí afirmado, el Proyecto elimina la categoría de cosas muebles por su carácter representativo. Por su parte, las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil consideraron inconveniente mantener la categoría de cosas muebles o inmuebles por su carácter representativo(22).

Pese a eliminar la categoría de cosas muebles por su carácter representativo, el Proyecto otorga a la prenda de títulos el mismo tratamiento normativo que corresponde a la prenda de cosas. El art. 2121 del Proyecto dispone: “La prenda de títulos valores se rige, en lo pertinente, por las reglas de la prenda de cosas”. Si bien es cierto que el art. 2122 del Proyecto también establece la aplicación supletoria de las normas de la prenda de cosas a la prenda de créditos, el precepto contenido en el art. 2121 parece referirse específicamente a la aplicación a la prenda de títulos valores de la modalidad de ejecución mediante venta por subasta o procedimiento especialmente convenido entre las partes (contemplados en su art. 2119).

La jurisprudencia ha sostenido: “Los títulos de crédito pueden ser prendados a través del endoso (conf. art. 586, cód. de comercio; art. 20, decreto-ley 5965/63), pues aun en el supuesto en que éste es hecho para transmitir la propiedad, el endosante puede probar que sólo ha transmitido un crédito en prenda o garantía... Es procedente la constitución de una prenda con desplazamiento sobre pagarés o, más precisamente, sobre los créditos constituidos por los montos consignados en aquéllos... El título de crédito es una cosa mueble susceptible de tener un valor, que incorpora un derecho y es necesario para su ejercicio”(23).

IX

La prenda de créditos como derecho real

Desde ciertos sectores de la doctrina se ha cuestionado la caracterización de la prenda de créditos como derecho real. Las reflexiones de Messineo en torno a este tópico conducen a negar el carácter real de la prenda de créditos. El mencionado autor rechaza la posibilidad de identificar la prenda de créditos con la cesión de derechos por "manifiestamente inadecuada". En el mismo sentido, afirma que no corresponde analizar los efectos de la prenda de créditos bajo la figura de la sucesión constitutiva porque ello implicaría para el acreedor la adquisición de un derecho nuevo: "...el acreedor adquiere bajo la prenda de créditos el poder de ejercitar, frente al deudor del propio deudor, el derecho de este último o sea, que se sustituye a él en el ejercicio del derecho de crédito"(24).

Luego de señalar la sustitución del primitivo acreedor por el acreedor pignoraticio avanza, Messineo para sostener que la prenda de créditos no implica la existencia de un derecho real: "Por las mismas razones por las que se ha negado en general el nacimiento de un derecho de crédito nuevo, debe también negarse que surja un derecho real, o sea, de prenda sobre el crédito (...) este último criterio debería fundarse sobre la discutida (y desde tantos puntos de vista negada) categoría del derecho sobre derecho, se debe señalar, en particular, que, no teniendo el deudor que da en prenda el crédito un derecho real (de prenda) sobre el crédito, tal derecho surgiría, por primera vez, en el acreedor pignoraticio, como titular; este último adquiriría un derecho originario frente al deudor del propio deudor"(25).

En sentido contrario a lo afirmado por Messineo, puede sostenerse que la prenda de créditos no es propiamente un "derecho sobre derecho", sino un derecho real sobre una cosa representativa de un valor distinto de sí. En virtud de ello, se ha afirmado: "Son derechos reales sobre cosas representativas de valor (instrumentos): el usufructo de créditos y la prenda de créditos"(26).

Entendemos que la prenda de créditos es un derecho real porque se trata de un poder jurídico de titularidad de una persona, sobre una cosa con contenido patrimonial (en este caso, representativa de valor), reglado por la ley, con afectación directa de la cosa-objeto, con exclusión de ingerencias extrañas y suficiente publicidad, que sigue a la cosa y puede oponerse a cualquier interesado(27).

Así, resulta indiscutible el poder jurídico del que goza el acreedor pignoraticio respecto del crédito prendado. Es facultad del mencionado acreedor cobrar su acreencia frente al deudor cedido exigiéndole la cancelación de la obligación cuyo instrumento le fue entregado (a él o a un tercero) por el deudor pignorante y aplicar el producido de esa cobranza a la cancelación de la obligación garantizada. Se trata –entonces– de un derecho real sobre el valor de la cosa

prendada (no sobre la sustancia de ella) expresamente previsto en la legislación vigente. El crédito dado en prenda se transfiere al acreedor pignoraticio a título de garantía. La relación directa con la cosa prendada se materializa en la entrega al acreedor pignoraticio (o a un tercero acordado entre las partes) del instrumento del crédito cedido y la tenencia del referido título por parte del acreedor pignoraticio (o el tercero depositario) hasta la cancelación de la obligación garantizada. Esta misma circunstancia asegura la exclusión de injerencias extrañas. Ello no obstante, el deudor pignorante no está inhibido de disponer del crédito mediante la constitución de prendas adicionales, sin que ello implique la extinción del gravamen constituido originalmente. La publicidad y consiguiente oponibilidad frente a terceros se logra mediante la notificación al deudor cedido y la tradición del instrumento del crédito al acreedor pignoraticio o a un tercero depositario.

X

El caso especial de la prenda de títulos valores

La prenda de créditos puede tener por objeto títulos valores. En tanto no se trate de títulos nominativos la prenda se constituirá mediante endoso(28), sin necesidad de notificar al deudor cedido. Esta característica permite diferenciar la prenda de títulos de la prenda de créditos en general (que como se indica supra, requiere la entrega del título y la notificación del deudor cedido). Obviamente esta diferencia no existe en el caso de la prenda de títulos nominativos (cuyo perfeccionamiento sí requiere notificación)(29).

La prenda de títulos puede constituirse sobre "...títulos en serie o de masa, cotizados o no en la bolsa, como ser los títulos públicos emitidos por el Estado Nacional, las provincias o las municipalidades, las acciones y debentures emitidos por sociedades anónimas, sociedades anónimas con participación estatal y sociedades en comandita por acciones"(30).

El art. 586 del cód. de comercio dispone: "Cuando se dan en prenda papeles endosables, debe expresarse que se dan como valor en garantía. Sin embargo, aunque el endoso sea hecho en forma de transmitir la propiedad, puede el endosante probar que sólo se ha transmitido el crédito en prenda o garantía".

Por su parte, el art. 20 del decreto 5965/63 (ratificado por la ley 16.478) regula el endoso en garantía en los siguientes términos: "Si el endoso llevara la cláusula 'valor en garantía', 'valor en prenda', o cualquier otra que implique una caución, el portador puede ejercitar todos los derechos que derivan de la letra de cambio, pero el endoso que él hiciese vale sólo como un endoso a título de mandato. Los obligados no pueden invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el que hizo el endoso en garantía, a menos que el tenedor al recibir la letra haya procedido con conocimiento de causa, en perjuicio del deudor demandado".

La prenda de títulos de crédito ha sido muy utilizada por las entidades financieras para garantizar operaciones de préstamo (principalmente mutuos instrumentados bajo la modalidad bancaria de anticipos). Así se ha sostenido: "...debemos poner de resalto que esta operación bancaria es utilizada por aquellos clientes de la entidad financiera poseedora de títulos que tienen necesidad de dinero, pero no quieren deshacerse de aquéllos, quieren esperar un momento más favorable para desprenderse de los mismos. Esta operación constituye también un medio para extender y regularizar el mercado de valores mobiliarios, ya que los bancos logran sostener el curso de éstos cuando están en baja, limitando la afluencia al mercado de los títulos en busca de realización... Por otra parte, las entidades financieras convienen anticipos sobre títulos con mayor facilidad y rapidez que los anticipos sobre mercaderías, por cuanto la prenda de títulos no presenta los mismos requisitos y los inconvenientes de la prenda de mercadería. Aquéllas consideran al anticipo sobre títulos como una de las mejores operaciones activas así como también representan una forma de inversión con aptitud para inspirar mayor confianza en los depositantes. Por estas razones, contrariamente a lo que sucede en el anticipo sobre mercaderías, la tasa de interés es generalmente igual a la tasa de descuento, y aun en algunos casos puede llegar a ser inferior"(31).

Los títulos prendados permanecen dentro del patrimonio del deudor pignorante: "Los títulos de crédito continúan siendo propiedad del titular y se entregan en garantía, por cuya razón el acreedor prendario –incluyendo los bancos– debe realizar la custodia con diligencia, sin recurrir, como lo señala Vivante, a una inmediata liquidación. Se puede estipular que el cliente cede al banco la disponibilidad de los títulos y lo autoriza a restituirle otros títulos de la misma especie. Esto es una cláusula traslativa de la propiedad, y da lugar a una prenda irregular. Puede trasferirse la propiedad, pero probando que se dan garantías (art. 586, párr. 2º) la prenda tendrá este solo alcance de garantía"(32).

En un caso de endoso en garantía de títulos de crédito a favor de una entidad financiera, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial estableció que: "...el endosatario, en tales condiciones, puede reclamar el cobro del librador y demás endosantes, no pudiendo serle opuestas las excepciones fundadas en las relaciones personales del accionado con el endosante (art. 22, segunda parte, decreto-ley 5965/63; conf. Bolaffio-Rocco-Vivante, ob. cit., nº 165). Pero sólo significaría que el banco pudiera percibir los créditos instrumentados en la forma descripta, debiendo imputarlos sin embargo al pago del crédito otorgado, toda vez que la transmisión con endoso en garantía o como valor en prenda, no transmite la titularidad del dominio de la letra, sino que vale como endoso en procuración, por lo cual el banco actuaría como mero mandatario del verdadero dueño del pagaré que es el endosante"(33).

La ausencia de una transferencia "plena" de los títulos valores bajo la prenda de créditos es lo que permite diferenciar a esta figura respecto de los denominados contratos de "pase" o "reporte". En los contratos de pase una parte ("reportante") adquiere títulos valores al contado y simultáneamente se obliga a vender a término títulos de la misma especie, por un precio y en un plazo establecido, mientras que la otra parte ("reportado"), se obliga en el sentido inverso: vende los títulos al contado y se obliga a comprar a término títulos de la misma especie(34). Los

títulos objeto del contrato no son entregados en prenda, sino que son transferidos por el reportado al reportante y vueltos a transferir a término, en sentido inverso. No se contempla su pignoración, sino su venta y recompra a término: "En primer lugar, en el pase los títulos son entregados en propiedad al reportante por toda la vida del contrato, mientras que en el mutuo con pignoración, los títulos son entregados en garantía del cumplimiento de las obligaciones del deudor bajo el préstamo, pero no son entregados en propiedad, sino que el acreedor prendario es su tenedor en base a un derecho real sobre los títulos, desmembrado éste de la propiedad, con sólo algunas acciones y facultades otorgadas por la ley para preservarlos. En segundo lugar (...) el pase es un contrato único a pesar de constar de dos partes que tienen lugar en dos momentos distintos, uno marcando el inicio del contrato y el otro dándole fin y restaurando el orden primigenio de las cosas. Por el contrario, el mutuo contra pignoración de títulos está conformado por dos contratos separados, lo que implica que las formas de ley deben ser observadas doblemente y de manera separada, una vez para el mutuo y otra vez para la prenda. En virtud de lo expuesto, la nulidad o ineficacia de la prenda como contrato accesorio no determina el mismo destino para el mutuo como convención principal si ésta se ha constituido debidamente; no ocurre lo mismo con el pase, en donde la procedencia de cualquiera de estos institutos lo afecta en su plenitud"(35).

El criterio señalado en el párrafo anterior es utilizado por Francesco Messineo al comparar el mutuo pignoraticio y los denominados contratos de reporte (equivalentes a nuestros contratos de pase) en el derecho italiano: "...cuando el mutuo se halla reforzado por una pignoración regular de títulos, el mutuante y acreedor pignoraticio no puede disponer de éstos, mientras cuando se trata de reporte, el reportante puede disponer de ellos, es cosa tan evidente, que basta la lectura de los arts. 2792 (el cual impone la restitución in natura del objeto de la prenda) y 1548 del cód. civil (el cual atribuye la propiedad de los títulos al reportante), para quedar persuadidos de ello"(36)(37).

XI

La prenda de acciones

Si bien los arts. 3209 del cód. civil y 584 del cód. de comercio incluyen como bienes prendables las "acciones industriales y comerciales que no sean negociables por endoso" y las "acciones de compañías o papeles de crédito" respectivamente, la prenda de acciones constituye un caso especial en el que –además de las normas citadas– tienen incidencia la Ley de Sociedades 19.550 [ED, 42-943 y EDLA, 1984-269] (arts. 213 y 215) y la ley 24.587 [EDLA, 1995-1179] sobre nominatividad de títulos valores.

Así se ha sostenido: "corresponde pues, distinguir la prenda de acciones según: (a) en las sociedades cerradas o que no teniendo tal calificativo, estén excluidas del sistema de oferta pública de sus títulos valores; en éstas no basta con cumplimentar la anotación del gravamen – decreto 83/86, ley 24.587, 'en el reverso de cada título deberá constar ... c) derechos reales que

gravan las acciones'. Sino que será imprescindible el transfert, una de cuyas manifestaciones es la toma de registro en el libro de acciones de la sociedad emisora previsto en el art. 213, inc. 4º de la ley 19.550 'en el que se asentará... los derechos reales que gravan las acciones nominativas'. Esta notificación debe realizarse por escrito y surte efecto contra la sociedad y terceros desde su inscripción (art. 215, ley 19.550); (b) en la hipótesis de sociedades cuyos títulos valores estuvieren depositados en la Caja de Valores, su régimen contempla las alternativas de la constitución del derecho real de prenda, disponiendo su registro sobre la parte indivisa o una porción de las tenencias del comitente (art. 53) con motivo de la orden que en tal sentido le imparta el depositante. En cualquiera de los dos supuestos precedentes, la entidad que llevare el registro de acciones inscribirá: transferencia de acciones, constitución sobre ellas de derechos reales (u orden judicial que la disponga), comunicación del acreedor prendario de haber procedido a la venta de las acciones en ejercicio de la facultad que le acuerda el art. 585 del cód. de comercio. En suma, con el procedimiento de la Caja de Valores o bien mediante la actuación de una sociedad depositaria, se produce una inmovilización de los títulos sin necesidad de la tradición al acreedor pignoraticio, subsistiendo la indeterminación de aquéllos pero manteniéndose total o parcialmente bloqueada la cuenta del deudor hasta realizarse el pago de la obligación garantizada"(38).

En cuanto a los efectos de la prenda de acciones, corresponderá tener en cuenta que el art. 219 de la ley 19.550 dispone: "En caso de constitución de prenda o de embargo judicial, los derechos corresponden al propietario de las acciones. En tales situaciones, el titular del derecho real o embargo queda obligado a facilitar el ejercicio de los derechos del propietario mediante el depósito de las acciones o por otro procedimiento que garantice sus derechos. El propietario soportará los gastos consiguientes". De todas maneras, el alcance de esta disposición deberá determinarse en función de lo que las partes hubiesen convenido en el respectivo contrato de prenda y lo establecido en el estatuto de la sociedad.

En cuanto a los dividendos de las acciones prendadas, si bien los arts. 3231 del cód. civil y 587 del cód. de comercio autorizan su percepción por parte del acreedor pignoraticio, parte de la doctrina entiende que corresponden al propietario de las acciones(39), en tanto que para otros, los dividendos en su carácter de fruto civil corresponden al acreedor prendario, salvo que las partes del contrato de prenda respectivo acordaren lo contrario(40).

XII

Conservación del crédito prendado

El acreedor pignoraticio se encuentra facultado para reclamar al deudor pignorante el pago de las expensas necesarias en que hubiese incurrido para la conservación del crédito prendado (art. 3228, cód. civil). También tiene derecho a percibir los intereses acordados bajo el crédito prendado, pero por cuenta y orden del deudor, debiendo imputarlos "a los intereses de la deuda, si se debieren, o al capital si no se debieren" (art. 3231, cód. civil). Si bien el privilegio

emergente de la prenda se extiende a los accesorios del activo prendado, “la propiedad de los accesorios corresponde al propietario” (art. 3232, cód. civil).

Según el art. 3225 del cód. civil, el acreedor deberá responder por la pérdida o deterioro de la prenda “sobrevenidos por su culpa o negligencia”. Asimismo, no podrá utilizar la prenda en contra de los fines de la garantía, so pena de sufrir el secuestro del activo de que se trate (art. 3230, cód. civil).

Para los casos de prendas sobre “documentos de crédito”, el art. 587 del cód. de comercio establece la obligación del acreedor pignoraticio de “practicar todos los actos que sean necesarios para conservar la eficacia del crédito y los derechos de su deudor, a quien responderá de cualquier omisión que pueda tener en esa parte”.

El Proyecto avanza notoriamente en la determinación del alcance de la obligación de conservación del crédito prendado. Su art. 2124 establece la obligación del acreedor prendario de “conservar y cobrar, incluso judicialmente el crédito prendado”. Seguidamente, aclara que se aplican las reglas del mandato. Esto significa que se aplican las obligaciones que respecto del mandatario prevé el art. 1247. Entre las obligaciones del “acreedor-mandatario” merecen una consideración especial las siguientes: (a) emplear el cuidado que aplicaría en asuntos propios, (b) informar al “mandante-deudor” todo conflicto de intereses, (c) mantener en reserva la información confidencial y (d) rendir cuentas de su gestión e informar al mandante sobre la ejecución del mandato.

También prevé el Proyecto la obligación del acreedor pignoraticio de aplicar el producido del crédito prendado a la cancelación de la obligación garantizada con el siguiente orden de imputación: (1º) expensas e intereses y (2º) capital (art. 2125).

Finalmente, al igual que el Código Civil, el Proyecto también prevé el deber de restitución del crédito prendado, en caso de extinción de la prenda por cualquier causa sin que se hubiere extinguido el crédito prendado. Asimismo, se establece la obligación de notificar la extinción de la prenda al deudor cedido (art. 2127 del Proyecto).

XIII

Modalidades de ejecución

Si bien los arts. 3222 del cód. civil y 585 del cód. de comercio prohíben –como regla general– (41) la aplicación del pacto comisorio a la prenda, con el fin de evitar posibles abusos de los acreedores en la determinación del valor del bien prendado frente al monto de la obligación

garantizada; estos preceptos devienen inaplicables a la prenda de créditos en los casos en que el acreedor percibe el crédito cedido y aplica el producido a la cancelación de la obligación garantizada.

Así, en el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor prendario está facultado para cobrar el crédito prendado, en los términos de los arts. 3231 del cód. civil y 587 del cód. de comercio.

En el sentido indicado supra se ha sostenido: "...las facultades del acreedor prendario no alcanzan a la disposición del crédito, ni si siquiera al uso y goce en beneficio propio; puede sí, naturalmente, perseguir el cobro del crédito, recibir sus frutos civiles e imputarlos en la forma prevista en el art. 3231, y ejercer todas las acciones necesarias para la conservación del crédito (arg. arts. 3225 y 3228)(42)". También se ha afirmado: "La transmisión de créditos en garantía tiene la siguiente característica: si la obligación principal garantizada se cumple, la cesión queda sin efecto; caso contrario el cesionario tiene el derecho de gestionar el cobro del crédito cedido y si tiene éxito en ello, debe aplicar su producción al pago de la obligación asegurada"(43).

En los casos de prenda de "títulos de renta, acciones de compañías u otros papeles de comercio negociables en las bolsas o mercados públicos", el art. 587 del cód. de comercio faculta al acreedor pignoraticio a percibir el capital y los intereses del título valor dado en prenda. Ello no impide que el mismo código autorice la venta extrajudicial prevista en su art. 585 mediante la intervención de un corredor y según la cotización del activo de que se trate al día siguiente del vencimiento de la obligación garantizada(44).

Tal como anticipamos, el Proyecto establece la obligación de cobrar judicialmente el crédito prendado (art. 2124). También dispone la aplicación al caso de las reglas del mandato.

El Proyecto mantiene la asimilación entre las modalidades de ejecución de la prenda de cosas y la prenda de títulos valores contenida en el art. 585 del cód. de comercio. El art. 2121 del Proyecto dispone que "la prenda de títulos valores se rige, por las reglas de la prenda de cosas". El art. 2119 del Proyecto admite que la venta extrajudicial de títulos valores negociables en bolsas o mercados se realice "en la forma habitual en tales mercados, al precio de cotización". Admite también que en ese caso las partes acuerden un esquema de adjudicación de los activos prendados sobre la base de mecanismos de estimación de valor convenidos previamente.

Como elemento novedoso, el Proyecto admite la posibilidad de prendar un crédito originado en un contrato con prestaciones recíprocas y el derecho del acreedor pignoraticio a enajenar forzadamente el referido crédito en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, en tanto ello no fuere prohibido por las condiciones contractuales aplicables (art. 2126).

XIV

La prenda de créditos y la cesión de derechos

en garantía

Mucho se ha escrito en torno a la cuestión de la admisibilidad de la cesión en garantía en el derecho argentino y su identificación con la prenda de créditos o la cesión fiduciaria.

Según Salvat, la cesión de créditos sólo puede tener por objeto la transmisión de la propiedad (en sentido amplio) sobre el crédito. Consecuentemente, para este autor no es admisible la prenda de créditos bajo la forma de cesión de derechos en garantía.

Sostiene Salvat: "En cuanto al caso de la prenda de crédito disimulado bajo la forma de '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 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 en el caso de darse en prenda créditos o acciones endosables, se declare expresamente que el endoso es en garantía"(45).

En concordancia con lo sostenido por Salvat, se han planteado objeciones a la prenda de créditos instrumentada como cesión en garantía. Así, se ha afirmado que la cesión en garantía no está contemplada ni en el Código Civil ni en el de Comercio y que el primero sólo admite la compraventa, la permuta y la donación como causas posibles de la cesión. Por tal motivo, se ha argumentado que la garantía no es causa adecuada para la cesión de derechos y que no resulta admisible la creación de privilegios por voluntad de las partes. Según esta visión, el principio de la autonomía de la voluntad no puede legitimar perjuicios a terceros como los que se ocasionarían si el deudor cediese en garantía un activo de su propiedad para beneficiar indebidamente al "acreedor-cesionario"(46).

Sin embargo, a partir de lo dispuesto por los arts. 1435, 1436 y 1437 del cód. civil (sobre aplicación subsidiaria de las normas de la compraventa, la permuta y la donación en caso de cesión onerosa, cambio por otra cosa u otro derecho creditorio o cesión gratuita, respectivamente) puede afirmarse –tal como lo hace Rivera– que la cesión de créditos "es un vehículo para la transmisión de derechos, pero no reconoce una causa final típica en cuanto constante y consustancial al negocio mismo (...) De modo que nada de irregular puede verse en que por vía de la cesión de créditos se persiga no la transmisión de la propiedad de un crédito, sino una finalidad de garantía, que como tal se regiría por las reglas de la prenda de créditos"(47).

Además, puede observarse en el art. 3209 del cód. civil cierto tratamiento análogo entre la cesión de derechos en garantía y la prenda de créditos, al disponerse que "si el objeto dado en prenda fuese un crédito, o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda y entregarse el título al acreedor...".

Según Rivera, el precepto contenido en el art. 3209 del cód. civil (transcripto supra) permite trazar una analogía entre la prenda y la cesión de créditos. Para sostener esto se funda en la nota al referido artículo, que reza: "El privilegio del acreedor pignoraticio sólo existe en la posesión del crédito. Lo mismo que en materia de cesión de créditos, la notificación al deudor del crédito cedido, es la que hace tomar al cesionario posesión de la deuda respecto de terceros, así también el acreedor pignoraticio sólo toma posesión del crédito por la notificación al deudor del derecho de prenda constituido y le confiere un privilegio que puede oponerse a terceros. Cuando se trata de valores transmisibles por endoso, ellos son válidamente dados en prenda por el simple endoso, sin ser necesario un acto que constituya la prenda, ni la notificación al deudor. En cuanto a los títulos y billetes al portador, que son transmisibles por la simple tradición manual, pueden, de la misma manera, ser dados en prenda. La entrega que de ellos se haga tiene el mismo efecto que el endoso en las obligaciones a la orden"(48).

Es nota típica de la cesión en garantía que, en caso de cumplimiento de la obligación principal garantizada, la cesión deba retrotraerse mediante la restitución del crédito anteriormente cedido (art. 3238, cód. civil y art. 2127 del Proyecto). Contrariamente, en caso de incumplimiento de la obligación principal, podrá el acreedor pignoraticio requerir el pago del crédito cedido y aplicar el producido de la gestión de cobro a la cancelación de la obligación garantizada.

Otra característica que permite identificar la prenda de créditos con la cesión en garantía es que ésta no importa la transferencia de la titularidad del crédito cedido. Por tal motivo cierta doctrina la denomina "cesión impropia". En este sentido se ha afirmado: "En la cesión en garantía, si la obligación principal garantizada se cumple, la cesión queda sin efecto. En caso contrario el cesionario tiene el derecho de gestionar el cobro del crédito cedido y si tiene éxito en ello, debe aplicar su producido al pago de la obligación garantizada. Entre nosotros la cesión en garantía está prevista como prenda de créditos, derecho real cuya constitución exige que el crédito cedido conste por escrito y que su título sea entregado al acreedor prendario o a un tercero, además de la notificación del deudor del crédito dado en prenda (art. 3209, cód. civil). Pero bien puede sostenerse con Galli que: 'la prenda de crédito sin entrega del instrumento no perfecciona el derecho real, pero puede valer como derecho personal (doct. art. 2502, cód. civil), en tanto no deja comprometido ningún principio de orden público. Respecto de las partes, tendría la validez y la obligatoriedad de las convenciones lícitas. En cuanto a los terceros, el cedente tendría la libertad de disponer de su crédito...' y 'la cesión en garantía', les resulta menor en sus consecuencias, que la transmisión definitiva que habría podido cumplir, porque encuentra en el patrimonio del deudor el derecho eventual a la recuperación del crédito; ya que

una vez alcanzado el fin del negocio, el cedente puede perseguir y aun ejecutar forzadamente la obligación de restitución a cargo del cesionario”(49).

La doctrina aquí defendida de la identificación entre la cesión en garantía y la prenda de créditos es la que da fundamento al art. 1529 del Proyecto que establece: “...si la cesión es en garantía, en las relaciones entre cedente y cesionario se aplican las normas de la prenda de créditos”.

En el mismo sentido señalado supra, autorizada doctrina comercialista ha admitido la posibilidad de utilizar la figura de la cesión como modalidad de implementación de la prenda de créditos: “Esta operación (pignus nominis) que autoriza el art. 3209 del CC (ver art. 3411), es similar a la cesión de créditos, contemplada en el art. 1434 del CC. Pero a diferencia de la cesión de créditos, en que se transfiere a la otra parte el derecho que le compete contra el deudor (art. 1434, CC), es decir, la propiedad –por cuya causa se juzga según los casos, o por las reglas de la compraventa (art. 1435), o de la prenda, o de la permuta (art. 1436), o de la donación (art. 1437)–, en la prenda del crédito la entrega de éste se hace en garantía de una operación comercial”(50).

La jurisprudencia ha establecido reiteradamente la pertinencia de la identificación entre la cesión de derechos en garantía y la prenda de créditos. En el caso “Banco Germánico de la América del Sud c. Rosner, Bruno (quiebra)”, se reconoce como prenda de créditos la derivada de la cesión de créditos en garantía realizada por un deudor de la referida entidad financiera para garantizar sus deudas con ésta, habiéndose cumplido con los requisitos de la entrega del título del crédito al acreedor y la notificación del deudor cedido: “El contrato real de prenda requiere la tradición del objeto sobre el cual recae el convenio, y la entrega del título cuando se trate de un crédito (arts. 1141, 3209 y 3212, CC), y en el caso el acreedor pignoraticio se encuentra en posesión de la acreencia, estando así habilitado para oponer su privilegio a terceros (arts. 582 y 585, cód. de comercio, 3224 y 3889, CC)”(51).

En el mismo sentido se indicó: “...la denominación ‘cesión en garantía’ no implica la idea de enajenación, sino de resguardo o fianza, y las estipulaciones y modalidades de que se ha hecho mérito no autorizan a interpretar el contrato como de cesión de créditos, u otro análogo, que lo invaliden o signifique para el actor la pérdida de su jus pignoris, ya que no existe la transmisión de derechos en propiedad (...) El término ‘cesión’ supone una transferencia pero no fatalmente una venta y reuniendo la operación comercial realizada los elementos esenciales constitutivos de la prenda, la sentencia que declara el privilegio del banco resulta justa (art. 130, inc. 3º, ley 11.719)”(52).

En el caso “Banco de Avellaneda c. Torres Sunin, José”, la Cámara 2ª de Apelación de La Plata estableció: “El contrato según el cual los constructores de afirmados ceden a un banco en garantía de un crédito en cuenta corriente, todas las cuentas relativas a aquéllos, quedando aquél facultado en su carácter de cesionario de dichos créditos a percibir el importe de los mismos pero debiendo aplicarlo a la amortización de la deuda que los cedentes tengan

pendiente, es un contrato de prenda comercial, o mejor dicho, un contrato de apertura de crédito simple con garantía”(53).

Al referirse a los derechos del deudor prendario en una prenda de créditos, la Cámara Nacional Federal estableció: “La constitución del derecho real de prenda sobre los créditos no ha privado al actor de su condición de titular de ellos. No ha cedido a los bancos sus derechos creditorios, sino que los ha gravado con un derecho real de garantía, pero conservando la propiedad sobre esos créditos. No puede dudarse de que las facturas se entregaron en garantía y no en propiedad porque así resulta de los mismos documentos constitutivos de las prendas y que han sido protocolizados. Más aún; si se cobraran esas facturas y con su importe se cubriera la totalidad de las deudas que tiene el actor con los bancos y quedara un excedente, éste correspondería al actor y no a los bancos contrariamente con lo que sucedería si hubiera mediado cesión de los créditos”(54).

Con el mismo criterio descripto supra se ha decidido: “La cesión en garantía sería un contrato de prenda, en el cual, además de la notificación al deudor cedido, se autoriza al cesionario a perseguir el crédito”(55) y “...la cesión de un crédito en garantía de otra operación constituye en definitiva una prenda”(56).

En el caso “Foxman Fueguina S.A.”, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar al planteo de la recurrente al sostener: “Asiste razón a la apelante en punto a las características que cabe acordar al negocio jurídico sometido a examen; la sala ha admitido el encuadre de un contrato similar como prenda común sobre créditos emergentes de facturas (v. ‘Tutelar Compañía Financiera S.A. c. Lido Plast S.A. y otros s/ordinario”, 21/10/94) y también ha dicho que la cesión de un crédito –sin contraprestación por esa cesión– en garantía de otra operación, constituye en definitiva una prenda (v. “Flor de Lis S.A.”, 14/6/90 y su cita)”(57).

También se ha señalado con claridad la circunstancia de que el deudor original no se libera como consecuencia de la “cesión en garantía/prenda de créditos”: “...el otorgamiento de una garantía generada por la presencia de un ulterior deudor cedido por el deudor inicial, no libera a este deudor inicial de su propia y personal responsabilidad frente a la acreedora salvo, claro, aceptación expresa de esa liberación por la acreedora, la cual en el caso no se ha dado, ciertamente”(58).

La cesión de derechos en garantía como prenda de créditos se diferencia de las denominadas cesión pro soluto y pro solvendo. En el caso de la cesión pro soluto la diferencia señalada es más notoria pues, verificada la aceptación del acreedor cesionario, se produce la cancelación de la obligación principal. En otros términos, el acreedor sólo puede reclamar el pago al deudor cedido.

En cambio, en la cesión pro solvendo el cedente transfiere un derecho a fin de cancelar una obligación y al mismo tiempo permanece obligado frente al acreedor cesionario, quien de esta manera, en caso de incumplimiento de la obligación que se pretende cancelar, puede reclamar tanto ante el deudor cedido como ante el deudor original. En otros términos, la liberación del cedente-deudor original no se produce sino a partir del momento en que el deudor cedido cumple con su obligación. "En definitiva, en la cesión pro solvendo, pese a la transferencia del crédito habida, subsiste la relación primitiva entre cedente y cesionario, o sea, que no se produce la novación por cambio de acreedor, lo que sucede en la cesión pro soluto"(59).

Con respecto a la cesión pro solvendo se ha afirmado: "Si el cesionario cobra el crédito contra el tercero, debe aplicar el importe percibido al crédito que tiene con el cedente (...) En la cesión pro solvendo el cedente no queda liberado de la deuda con el cesionario, en cambio en la cesión pro soluto el cedente queda liberado de la deuda que tenía con el cesionario"(60).

Ernesto Nieto Blanc señala ciertas similitudes y diferencias entre la cesión en garantía-prenda de créditos y la cesión pro solvendo. Según este autor, si bien en ambos casos se produce la transferencia del crédito, en el primero (prenda de créditos) la finalidad es de garantía en tanto que en el segundo, la finalidad es la cancelación de la obligación existente. Como consecuencia de ello el cesionario de la cesión pro solvendo debe intentar cobrar su acreencia directamente del deudor cedido y sólo en caso de falta de pago de éste, reclamar la cancelación de la obligación al deudor cedente. En sentido contrario, la cesión en garantía-prenda de créditos faculta al cesionario a reclamar el pago tanto al cedente como al deudor cedido. No es obligatorio para el acreedor cesionario excluir inicialmente los bienes del deudor cedido. Por otra parte, la prenda de créditos permite al deudor prendario constituir prendas adicionales y –eventualmente– transferir su crédito. Esto no es posible en el caso de la cesión pro solvendo(61).

También existen diferencias entre la cesión en garantía como prenda de créditos y el contrato de factoring, aun en el supuesto de que la cesión instrumentada según esta última figura sea pro solvendo. Tales diferencias son atinentes a la modalidad de transmisión de los créditos. Se ha afirmado: "Ahora, cuál es el encuadre jurídico que habrá de dársele cuando en el contexto del contrato de factoring la cesión de factura es pro solvendo y el cedente garantiza las obligaciones del deudor cedido. Creemos que no hay confusión posible con la figura de la 'cesión en garantía', ya fuere como prenda o fiducia. En el contexto del contrato de factoring es bien evidente la finalidad de transmitir al factor la propiedad del crédito y la factura o, mejor dicho, el crédito instrumentalmente evidenciado en ella. No tiene por objeto servir de garantía de las sumas pagadas por el factor al cliente, ni siquiera cuando el primero le da un anticipo al último sobre la base de la factura cedida"(62).

Sin perjuicio de lo afirmado supra respecto de la identificación entre la cesión de derechos en garantía y la prenda de créditos, corresponde señalar que aquélla puede instrumentarse –alternativamente– como negocio fiduciario; es decir, mediante la cesión fiduciaria de créditos con fines de garantía(63)(64).

La ventaja más significativa de la cesión fiduciaria frente a la prenda es que tiene por efecto la transferencia de la propiedad fiduciaria del crédito. Esto le permite al fiduciario disponer de ese derecho, incluso a favor de terceros(65). A su vez, como consecuencia de la transferencia fiduciaria, el fiduciante se encuentra impedido de reclamar el pago del crédito fideicomitido, excepto en caso de inacción injustificada del fiduciario y previa autorización judicial(66).

Además de la ya mencionada diferencia inherente al alcance de la transferencia (cesión a título de garantía en la prenda de créditos y transmisión de propiedad fiduciaria en el negocio fiduciario), distingue a estas figuras la circunstancia de que el deudor fiduciante se encuentra imposibilitado de volver a ceder en garantía el mismo activo (extremo que sí es posible en la prenda de créditos). Así, en referencia a la prenda de créditos, el art. 3210 del cód. civil dispone: "Una nueva prenda puede ser dada sobre la misma cosa, con tal que el segundo acreedor obtenga juntamente con el primero, la posesión de la cosa empeñada o que ella sea puesta en manos de un tercero por cuenta común. El derecho de los acreedores sobre la cosa empeñada seguirá el orden en que la prenda se ha constituido".

Al respecto sostiene Guastavino: "Se ha observado (...) que la cesión fiduciaria de créditos concede al acreedor una garantía más intensa que la que le proporciona la prenda de créditos: con la transferencia del crédito se asegura por un lado al cesionario-fiduciario una posición más libre e independiente frente al deudor cedido, por el otro lado se lo coloca a salvo de ulteriores disposiciones que el deudor prendario podría hacer respecto del crédito"(67).

Pero, según señala el autor citado supra, también podría ocurrir que el cesionario fiduciario dispusiera del activo fideicomitido, en un ejercicio abusivo de sus facultades(68). En tal caso, el fiduciante-fideicomisario sólo tendrá ante el fiduciario una acción personal, salvo que acredite la mala fe del tercero adquirente. En cambio, la protección del acreedor pignoraticio frente a terceros prosperará en virtud de lo dispuesto por el art. 3270 del cód. civil, con prescindencia de la buena o mala fe de los adquirentes(69).

En cuanto a la situación planteada por el concurso del cedente del crédito, algunos autores sostienen que, a diferencia de la prenda de créditos cuyo privilegio requiere verificación(70), no correspondería cumplir con tal exigencia en el caso de una cesión fiduciaria. Sin embargo, autorizada doctrina concursal considera conveniente, verificar el crédito garantizado mediante cesión fiduciaria. Así, se ha sostenido que corresponde la verificación del crédito garantizado en el concurso del fiduciante, según lo previsto en el art. 32 de la Ley de Concursos y Quiebras, porque: (a) la obligación objeto de garantía no sufre novación y (b) el crédito emergente de ella no se extingue como consecuencia de la constitución del fideicomiso. "Por tanto, no podría predicarse que la constitución del fideicomiso ha excluido al crédito del pasivo concursal y, tampoco, que es un abuso de derecho la verificación concursal cuando existen bienes de afectación especial fiduciaria. En primer lugar porque la garantía puede renunciarse total o parcialmente (argumento del art. 43, ley 24.522 [EDLA, 1995-B-896]) o, incluso, resultar insuficientes los bienes fideicomitidos y estar expedita la acción del acreedor respecto de sus otras garantías o, en su caso, de los bienes del deudor que respaldan a los créditos

quirografarios”(71). Si bien la renuncia de la garantía no luce como hipótesis de verificación usual (pues redundaría en perjuicio del propio renunciante) sí debería tenerse especialmente presente la posibilidad de que el producido del crédito fideicomitido no resulte suficiente para cancelar la obligación principal y sus accesorios.

XV

Conclusiones

Creemos que la autorizada doctrina y jurisprudencia citadas demuestran la pertinencia de la identificación entre la prenda de créditos y la cesión en garantía.

La cesión de derechos en garantía, tanto en su instrumentación como prenda de créditos como en su instrumentación alternativa como negocio fiduciario, ha sido ampliamente utilizada en la práctica comercial: “La cesión de derechos en garantía de créditos bancarios es de gran utilidad, pues permite constituir seguridades por medio de una infinita gama de derechos que pueden ser objeto de este contrato. La aplicación de las reglas de la prenda común o de la propiedad fiduciaria otorgan al banco acreedor una posición predominante que confiere gran eficacia a esta garantía. Sea por medio de las reglas propias de la prenda común o por las derivadas de la propiedad fiduciaria, el banco podrá realizar todos los actos necesarios para proteger los derechos cedidos y ejercerlos, haciéndolos efectivos y rindiendo cuenta, posteriormente, a su cliente, de los resultados. Como el cedente garantiza al cesionario (el banco) la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, cuenta con su interés en el buen fin del derecho cedido”(72).

La práctica indica que la intervención de un tercero fiduciario –en caso de optarse por una cesión fiduciaria– suele suscitar complicaciones operativas y costos (comisiones y/u honorarios del fiduciario) que –obviamente– se evitan con la prenda de créditos.

Además, como se ha visto supra, si bien la utilización de la figura del fideicomiso de garantía permite “apartar” los bienes fideicomitidos mediante la conformación de un patrimonio de afectación inmune a los ataques de los acreedores del “deudor-fiduciante”, ello no exime al “beneficiario-acreedor” de tener que verificar su crédito en el concurso del primero, si pretende proteger adecuadamente sus intereses.

Así, la prenda de créditos ofrece ciertas “ventajas comparativas” que, en función de las características del negocio que se desee instrumentar, pueden tornarla preferible aun ante el tan difundido fideicomiso de garantía.

A los fines indicados supra resulta plausible que se haya incluido en el Proyecto un título en el que se regulan los principios aplicables a las garantías reales en general (cap. I “Disposiciones Comunes”, tít. XII, libro V). Lo propio cabe afirmar respecto del tratamiento conferido a la prenda de créditos (arts. 2122 a 2127) pues contribuye a eliminar ciertas dudas que –en el campo de la doctrina– han existido respecto de esta figura cuya promoción se procura.

En el mismo sentido, creemos pertinente señalar que la eliminación de la categoría de las cosas muebles por su carácter representativo prevista en el Proyecto, resta consistencia a la caracterización doctrinaria de la prenda de créditos como derecho real. Al no considerarse el instrumento del crédito prendado como cosa objeto de gravamen, se elimina un elemento fundamental de la definición del derecho real: el nexo directo e inmediato entre sujeto y cosa.

Compartimos el parecer expuesto en los Fundamentos del Proyecto, en cuanto a la conveniencia de regular adecuadamente la prenda de créditos, a fin de facilitar la financiación de emprendimientos económicos vinculados con la contratación de servicios y obras. Entendemos, sin embargo, que la exigencia de que los créditos susceptibles de gravamen sean actuales (art. 2092 del Proyecto) podría limitar el uso de esta garantía. La experiencia indica que una de sus más habituales aplicaciones es la cesión en prenda de créditos futuros, resultantes de “convenciones ya concluidas”(73). De este modo, la exigencia de actualidad de los créditos “prendables” podría conspirar contra los objetivos planteados en los Fundamentos del Proyecto.

voces: prendas - contratos - cesión de créditos - derechos reales - títulos valores - títulos de crédito

(1) El presente artículo está basado en la monografía presentada por el autor en diciembre de 2004, en el Seminario de Derecho Privado a cargo del Dr. Jorge A. Alterini, correspondiente al Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires.

(2) Limitaremos nuestra referencia a la prenda con registro al caso puntual de la prenda flotante de documentos, prevista en el art. 14 del decreto ley 15.348/46 ratificado por la ley 12.962, según el texto ordenado por el decreto 897/95 (el "Texto Ordenado"). Al respecto, ver nota 37.

(3) Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A., Compendio de derecho de las obligaciones, 2ª ed. actualizada, La Plata, Librería Editora Platense, 1992, t. 1, pág. 2.

(4) Aranda Rodríguez, Remedios, La Prenda de Créditos, Madrid, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996, pág. 27.

(5) A título de ejemplo podrá considerarse el Corpus Iuris Civilis Codex Justinianus, que en su punto C.39.7 reza: "Postquam eo deucursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, si (cut responsum est), vel ipsi creditori postulanti dandas actiones" (Impp. Diocletianus et Maximianus), Corpus

Iuris Civilis, Codex Justinianus, II, revisado y corregido por P. Krueger, reimp. de la 11ª ed. de 1954, Berlín, citado por Aranda Rodríguez, Remedios, La Prenda..., cit., pág. 32.

(6) Aranda Rodríguez, Remedios, La Prenda..., cit., págs. 34 y 35.

(7) Etcheverry, Raúl A., Derecho comercial y económico, Contratos, Parte Especial 2, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 221.

(8) En contra de esta postura se ha sostenido que la prenda civil y la comercial son operaciones sustancialmente distintas. Ello en función de que el art. 3209 del cód. civil exige la notificación del deudor cedido para el caso de las prendas sobre títulos valores no negociables por endoso, en tanto que el art. 584 del cód. de comercio prevé la constitución de prenda sobre títulos valores mediante su entrega y sin necesidad de notificación. Ver Gagliardo, Mariano, Sociedades Anónimas, Prenda de Acciones, Lexis nº 1601/001979. No coincidimos con este autor pues resulta con toda claridad que el citado art. 584 del cód. de comercio se refiere exclusivamente a los títulos transmisibles por endoso y excluye a los nominativos.

(9) Gatti, Edmundo; Alterini, Jorge, El Derecho Real, elementos para una teoría general, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 107.

(10) Zavala Rodríguez, Carlos J., Código de Comercio y leyes complementarias, Buenos Aires, Depalma, 1969, t. III, pág. 165.

(11) El Proyecto requiere como elemento constitutivo de la prenda su formalización por medio de un instrumento privado o público (art. 2114).

(12) Ver Aranda Rodríguez, Remedios, La Prenda..., cit., pág. 22.

(13) Tal como anticipamos, entendemos que esta norma está referida exclusivamente a los títulos valores transmisibles por endoso.

(14) Cámara de Apelación de Rosario en pleno, 30/12/47, "Boero Hnos. y Cía. c. Rodríguez, Plácido y otros", LL, 50-93. Este caso se refiere a la constitución de una prenda sobre el derecho de un accionista contra una sociedad derivado de la realización de un aporte de capital.

(15) Rivera, Julio C., Cesión de créditos en garantía, LL, 1991-C-867.

(16) Fernández y Gómez Leo sostienen que la prenda de créditos sólo puede constituirse sobre títulos en los que se "corporicen" los créditos objeto de gravamen: "En efecto, en el sistema del Código Civil la prenda sólo puede constituirse sobre cosas muebles, es decir, objetos corporales susceptibles de valor (art. 2311), y sobre créditos que consten en un título por escrito, o mejor aún, sobre títulos de crédito, como reza el art. 583 del cód. de comercio; debe tratarse de títulos constitutivos del crédito, en los cuales éste se corporiza. El desplazamiento sólo puede tener lugar tratándose de cosas y de los títulos mencionados, que también pueden ser considerados cosas; en la prenda de créditos es necesario que el deudor se desprenda del crédito y que el acreedor adquiera su tenencia; debe tratarse pues, de documentos o títulos constitutivos del crédito, en forma que su transmisión importe la de éste y su entrega impida al titular ejercer sus derechos de tal y, en cambio, confiera al acreedor pignoraticio la tenencia del crédito; para los títulos concebidos a la orden o al portador no hay dificultad alguna y basta la simple entrega: el deudor del crédito gravado no pagará si no se le entrega el documento; en el caso de créditos sólo transmisibles por vía de cesión, se debe notificar la pignoración al deudor (art. 3209) y siempre entregarse el título al acreedor o un tercero (art. cit.)".

Fernández, Raymundo L. y Gómez Leo, Osvaldo R., Tratado teórico-práctico de derecho comercial, Buenos Aires, Depalma, 1988, t. III-C, pág. 81.

(17) CNCom., sala B, 8/9/03, "Correo Argentino S.A. s/Concurso Preventivo", Inc. de revisión promovido por Banco Patagonia S.A., Lexis Nexis nº 11/36614.

(18) Cám. 2ª Civil y Comercial de La Plata, "Banco Germánico de la América del Sud c. Rosner, Bruno (quiebra)", 22/4/41, JA, 74-594/595.

(19) Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Derecho de las Obligaciones, Parte General, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, t. IV, pág. 93.

(20) Rivera, Julio C., Cesión de créditos..., cit., pág. 872.

(21) Ver Yadarola, Títulos de Crédito, 56, citado por Bueres A. y Highton, Elena I., Código Civil y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial, Derechos Reales, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 5º, pág. 42.

(22) Bueres, A. y Highton, E., Código Civil..., cit., pág. 42.

(23) CNCom., sala A, 1999/11/12, "Dom Car S.A. s/ped. quiebra por Banco Mariva", LL, 2000-D-543.

(24) Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, pág. 94.

(25) Messineo, Francesco, Manual..., cit., pág. 94.

(26) Gatti, E. y Alterini, J., El Derecho Real..., cit., pág. 129.

(27) Ver definición de derecho real en Gatti, E. y Alterini, J., El Derecho Real..., cit., pág. 133.

(28) A este respecto, se ha de tener en cuenta que se encuentra actualmente vigente el régimen de nominatividad de los títulos valores (ley 24.587 [EDLA, 1995-B-1179]).

(29) Ver infra el caso especial de la prenda de acciones.

(30) Williams, Jorge N., Contratos de Crédito, t. 2B, Contratos Bancarios, Buenos Aires, Ábaco, págs. 801-802.

(31) Williams, Jorge N., Contratos..., cit., págs. 800-801.

(32) Zavala Rodríguez, Carlos J., Código de Comercio..., cit., pág. 166.

(33) CNCom., sala D, 24/10/74, "Peybe S.A. (conc.) (Banco de Crédito Rural Argentino)", ED, 60-186.

(34) Ver Saravia Frías, Bernardo y Luchelli, Ernesto, El Contrato de Pase, El Derecho, 22/11/04, pág. 1.

(35) Saravia Frías, Bernardo y Luchelli, Ernesto, El Contrato..., cit., págs. 2 y 3.

(36) Messineo, Francesco, Operaciones de Bolsa y Banca, Estudios Jurídicos, 2ª ed., Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1957, pág. 158.

(37) Complementariamente, ha de tenerse presente que la normativa actualmente aplicable autoriza la constitución de prendas con registro flotantes sobre documentos. En los considerandos del Texto Ordenado se indica: "...los créditos y bienes en general,

pertenecientes a establecimientos comerciales, industriales o financieros quedan comprendidos dentro del concepto de mercaderías a que hace referencia el art. 14 del decreto-ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962 y modificado por el decreto-ley 6810/63 (...) en consecuencia, resulta necesario aclarar que en el caso de entidades con objeto financiero y otras empresas prestadoras de servicios, el dinero, los créditos y los títulos que los representan equivalen a las mercaderías y materias primas en general pertenecientes a establecimientos comerciales e industriales". A su vez, el art. 3º del decreto 897/95 modificó el art. 14 del decreto 10.574/46 y dispuso que la prenda flotante podrá utilizarse "cuando se trate de establecimientos con objeto financiero que constituyan prenda flotante sobre los créditos que conformar su actividad. A estos fines se afectará la documentación respaldatoria a la que se refiere el art. 2319 del cód. civil". Este régimen, que hasta la fecha no ha suscitado la simpatía de los operadores, parece concebido primordialmente en función de la posibilidad de prendar títulos valores bajo prendas flotantes. Resulta difícil imaginar la posibilidad de reemplazar créditos no instrumentados como títulos valores por otros en los términos del art. 14 del Texto Ordenado, sin que ello implique la alteración del valor de la garantía. En otros términos, la pretendida equiparación entre "créditos" y "mercadería" aludida supra no parece viable en los casos en que los activos prendados sean créditos de naturaleza distinta a los títulos valores. Además, cabe preguntarse si tratándose de una prenda flotante de títulos valores nominativos es exigible la notificación del deudor cedido prevista en el art. 3209 del cód. civil a efectos de su oponibilidad frente a terceros o, por el contrario, basta con su registro ante el Registro de Créditos Prendarios. Por otra parte, la notificación al deudor cedido tampoco luce operativamente conveniente en los casos en que el reemplazo de los créditos prendados sea asiduo como consecuencia de la operatoria propia del deudor o "pignorante" (las gestiones de notificación se deberían reiterar ante cada reemplazo). Asimismo, coincidimos con la generalidad de la doctrina al señalar la importancia de la ausencia de una norma que penalice la falta de reemplazo de los bienes prendados en los casos en que éstos dejen de hallarse en el patrimonio del pignorante (por la razón que fuere). La carencia de importantes definiciones normativas, las inconveniencias prácticas derivadas de la que consideramos una forzada asimilación entre mercaderías y créditos y el grado de exposición de los eventuales acreedores prendarios al riesgo de "desaparición" de los activos prendados, conspiran seriamente contra la eficacia de esta modalidad de prenda.

(38) Gagliardo, Mariano, Sociedades..., cit., pág. 4.

(39) Tal es el caso de Sasot Betes y Sasot, citados por Gagliardo, Sociedades..., cit., pág. 6.

(40) Tal es la posición de Mariano Gagliardo, en su Sociedades..., cit., pág. 7.

(41) Tal principio reconoce como excepción lo previsto en el art. 3223 del cód. civil en cuanto a la posibilidad de que las partes acuerden que la prenda "le pertenecerá al acreedor pignoraticio por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, pero no al tiempo del contrato".

(42) Rivera, Julio César, Cesión de..., cit., pág. 873.

(43) Arico, Rodolfo, Cesión de créditos en garantía, ED, 173-856.

(44) También deberá tenerse presente lo dispuesto por la circular 3492 del Mercado de Valores y la resolución general 435 de la Comisión Nacional de Valores, sobre remate de títulos valores. Con anterioridad a la emisión de la resolución general mencionada, la Comisión Nacional de Valores había establecido mediante la resolución 14.317 (del 26/9/02) que toda

subasta judicial o extrajudicial de títulos valores debía realizarse de conformidad con lo dispuesto por la ley 17.811 [ED, 24-102] de Oferta Pública de Títulos Valores (caso "Havanna S.A.").

(45) Salvat, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales, 4ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1960, nº 2622, t. IV, pág. 378.

(46) Ver Nieto Blanc, Ernesto E., Dación en pago de créditos, cesión en garantía y prenda de créditos. Comparación, ventajas e inconvenientes de cada una, La Ley, Derecho Bancario, suplemento trimestral del Comité de Abogados de Bancos de la República Argentina, 6/11/91, nº 6, cit. por Arico, Rodolfo, Cesión de..., cit., pág. 4.

(47) Rivera, Julio C., Cesión de créditos..., cit., pág. 868.

(48) Ver Rivera, Julio C., Cesión de créditos..., cit., pág. 871.

(49) Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A., Compendio de derecho..., cit., pág. 628.

(50) Zavala Rodríguez, Carlos J., Código de Comercio..., cit., pág. 165.

(51) Cám. 2ª Civil y Comercial de La Plata, "Banco Germánico de la América del Sud c. Rosner, Bruno (quiebra)", 22/4/41, JA, 74-594/595.

(52) Ibíd., pág. 595.

(53) Cám. de Apelación de La Plata, sala I, 30/12/47, "Banco de Avellaneda c. Torres Sunin, José", LL, 51-883.

(54) CNFed., sala Civil y Comercial, 28/4/64, "Dekeukelaere, Jerónimo c. Tarena", LL, 116-334.

(55) CNFed. sala Civil y Comercial, "Fernández, Margarita R. y otras c. Banco Supervielle de Buenos Aires", 30/4/65, LL, 120-908.

(56) CNCom., sala D, "HMP Consultores S.R.L. c. Banco Río de la Plata S.A. y otro s/ordinario", 26/8/03, El Dial.com, Albremática, 3/10/03.

(57) CNCom, sala E, 4/4/97, "Foxman Fueguina S.A. s/concurso preventivo s/incidente de restitución de fondos", ED, 173-445.

(58) CNCom., sala D, "HMP Consultores S.R.L. c. Banco Río de la Plata S.A. y otro s/ordinario", 26/8/03, El Dial.com, Albremática, 3/10/03.

(59) Arico, Rodolfo, Cesión de créditos..., cit., pág. 6.

(60) Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A., Compendio de derecho..., cit., pág. 629.

(61) Ver 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, nº 6 del 6/11/91, cit. por Arico, Rodolfo, Cesión de créditos..., cit., págs. 6 y 7.

(62) Lisoprawski, Silvio V. y Gerscovich, Carlos G., Factoring, análisis integral del negocio, aspectos legales, comerciales y operativos, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 187.

(63) Así afirma Lafaille: "En el mundo de los negocios se acude frecuentemente a la transferencia de cosas o derechos para asegurar un crédito, cuando por cualquier motivo no es

posible constituir sobre ellos un gravamen pignoraticio. Aunque esto es mucho más usual en las relaciones mercantiles, no deja de emplearse también en las de orden civil. Admitimos sin dificultad que si por este medio se intenta burlar los preceptos que proscriben el pacto comisorio, tal maniobra no merecería el amparo de los jueces (arts. 1203 y 3222); ni tampoco la que envolviera una retroventa (art. 1380). En cambio no participamos de la opinión que repudia tales contratos en todos los demás supuestos, cuando no hay norma que así lo determine y la regla es la licitud, siempre que no exista prohibición. Ahora bien: si nadie pone en duda la legalidad de una venta o de una transferencia, no habiendo texto que a ello se oponga, la simple circunstancia de que el adquirente reciba el objeto en garantía y no en dominio, como resulta de las apariencias, estaría lejos de justificar una doctrina tan rigurosa. Sería el caso de aplicar el recurso de la 'fiducia', que se tiene demasiado olvidado, pese a los beneficios que de él pueden obtenerse". Lafaille, Héctor, Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores, 1943, t. III, pág. 188.

(64) Rodolfo Arico ha sostenido: "A partir de los arts. 1197, 1143, 944 y concs. del cód. civil, es posible realizar negocios fiduciarios, sin confundirlos con la figura del fideicomiso regulada y tipificada por la ley 24.441 [EDLA, 1995-63] concibiéndolos de acuerdo a la doctrina mayoritaria, como aquellos negocios 'seriamente queridos, que tienen la característica consistente en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo', es decir hay una desproporción entre el fin económico perseguido y el medio utilizado, que pone de manifiesto la confianza que el fiduciante tiene respecto del fiduciario conceptuando la doctrina minoritaria al negocio fiduciario como una 'manifestación de voluntad para atribuir a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transfirente o de un tercero', donde la atribución del aquirente es plena, pero asumiendo el mismo un vínculo obligatorio en atención al destino o empleo de los bienes, sin darse desproporción entre medio y fin, porque la atribución patrimonial es indispensable para la obtención del fin práctico de las partes. De ahí que si las partes hubieran convenido enajenar la propiedad del crédito con una finalidad de garantía, estarían ante un negocio fiduciario, caracterizado por su fundamento en la confianza (fiducia) y el exceso del medio técnico empleado (cesión aparente de propiedad) respecto de la finalidad perseguida (garantía)". Arico, Rodolfo, Cesión de créditos..., cit., pág. 8. En cambio, Silvio V. Lisoprawski y Carlos G. Gerscovich han manifestado que estos casos están regidos exclusivamente por la ley 24.441 (Lisoprawski, Silvio V. y Gerscovich, Carlos G., Factoring..., cit., pág. 189).

(65) El art. 17 de la ley 24.441 faculta al fiduciario a disponer de los bienes fideicomitidos "cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario".

(66) Ver el art. 18 de la ley 24.441.

(67) Guastavino, Elías P., La transmisión de créditos en garantía, JA, 18-504.

(68) Según la normativa actualmente aplicable, tal abuso existiría en caso de disposición no autorizada por el fiduciante o el beneficiario, ni requerida por los fines del fideicomiso o prevista en las condiciones pactadas en el respectivo contrato de fideicomiso (art. 17, ley 24.441).

(69) Ver Guastavino, Elías P., La transmisión..., cit., pág. 506.

(70) En los términos del art. 21, inc. 2º de la Ley de Concursos y Quiebras.

(71) Alegría, Héctor, Fideicomiso en garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante), La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras, 4/7/04.

(72) Villegas, Carlos Gilberto, Las Garantías del Crédito, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1993, pág. 404.

(73) Terminología utilizada por el art. 1448 del cód. civil.

© Copyright: El Derech