

LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS: PRIMERAS VISIONES

Lic. Federico Torrealba¹

Introducción:

La Ley costarricense de *Garantías Mobiliarias* (LGM), número 9246, se enmarca en una corriente evolutiva de alcance universal, que algunos estudiosos han denominado como el *Derecho de las garantías mobiliarias de tercera generación*². La LGM costarricense –con mínimas pizcas de sazón autóctono– reproduce con bastante fidelidad la receta original de la *Ley Modelo* homónima de la O.E.A.; la cual, no obstante algunas evocaciones a lejanísimos parientes de estirpe romana³, reproduce, en su estructura conceptual, la viva imagen de su ascendiente directo más próximo: el célebre Artículo 9 del

Uniform Commercial Code de los Estados Unidos de Norteamérica⁴. Entre los países latinoamericanos que nos han antecedido en la instauración de leyes similares, se cuentan Perú⁵, México⁶, Guatemala⁷, Honduras⁸ y El Salvador.

El *Code Napoléon*, símbolo universal de la cultura jurídica civilista, no ha escapado de la corriente renovadora en materia de garantías (la Ordenanza del 2006). Mediante la reforma operada por la ordenanza de 23 de marzo de 2006, ratificada mediante Ley de 20 de febrero de 2007, se incorporaron al Derecho civil y comercial francés diversas figuras que responden a la tendencia actual en materia

1 Conferencia dada el día 25 de agosto de 2014, en el marco del Simposio Internacional de Garantías Mobiliarias, organizado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

2 DE CORES, Carlos y Enrico GABRIELLI, Enrico: **El Nuevo Derecho de las Garantías Reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias**. Editoriales Asociadas Temis, Ubijus, Reus, Zavallá, Lima, Bogotá, México, Buenos Aires, Madrid, 2008.

3 Suelen señalarse las figuras romanas de la *fiducia cum creditore*, el *pactum de vendendo* y el *pactum commisorium*, a modo de soporte argumentativo ante el auditorio de tradición civilista.

4 Sobre la estrecha relación entre el Article 9 del *Uniform Commercial Code* y la Ley Modelo OEA, ver: KOZOLCHYK, Boris: *Implementation of the OAS Model Law in Latin America: Current Status*, en: **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol 28, No. 1, 2011, publicado en español, con algunas modificaciones, bajo el título *Estado Actual de la Implementación de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la OEA en América Latina*, en: **Compilación de Garantías Mobiliarias**. México. Dirección General de Normatividad Mercantil de la Secretaría de Economía, México D.F., 2012.

5 La Ley peruana de *la Garantía Mobiliaria*, número 28677, fue publicada el 1 de marzo de 2006.

6 La inserción del moderno Derecho de las Garantías Mobiliarias se efectuó en México mediante reformas efectuadas en el 2000 y en el 203 a la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y al Código de Comercio*. El Registro Único de Garantías Mobiliarias (RUG) inició operaciones el 7 de octubre de 2010.

7 La ley guatemalteca de *Garantías Mobiliarias* fue aprobada por el Congreso de la República mediante Decreto número 5-2007, publicado el 16 de noviembre de 2007, reformado mediante Decreto número 46-2008.

8 La ley hondureña de *Garantías Mobiliarias* fue aprobada por el Congreso Nacional mediante Decreto Número 182-2009, que entró en vigencia el 28 de enero de 2010.

de garantías mobiliarias. Entre ellas, cabe destacar: La prenda común deja de ser un contrato real. Si bien se siguen admitiendo las prendas no inscritas con desposesión, se instituye la prenda sin desposesión por inscripción en un registro especial; se legaliza —moderadamente— el pacto comisorio; se rediseña y desarrolla la garantía mobiliaria sobre cosas incorpóreas (*nantissement*); se admite la pignoración de cosas futuras, fungibles y de universalidades, entre éstas, la figura de la *gage des stocks* (prenda sobre inventarios), reservada a las entidades de crédito y las sociedades de financiamiento; y, fundamentalmente, se oficializa, en el *Code civil*, la transmisión o reserva de la propiedad con función de garantía.

Dejando aparte las cuestiones político-ideológicas, no sería de extrañar que la nueva LGM pudiere despertar algunas resistencias en el núcleo de la cultura jurídica civilista. Quizá el iusprivatista formado en la cuna de la tradición romano-francesa habrá de experimentar alguna medida de desazón, no sólo frente a la complejidad técnica de la LGM —que demanda un paciente proceso de aprendizaje⁹ y asimilación—, sino ante lo que podría percibirse como la profanación de ciertos dogmas aprendidos como sagrados, como la abolición de la proscripción del pacto comisorio¹⁰ y el sacrificio del principio de especialidad de la garantía real (hipoteca general de los romanos, o la garantía ómnibus). Sin embargo, conviene reparar en algunas tendencias y antecedentes, tanto en el mundo civilista contemporáneo, como en nuestra propia práctica forense ya generalizada con anterioridad a la LGM.

El Derecho de las garantías es, quizá, uno de los ámbitos del Derecho Privado de cuna civilista más influenciados por la globalización. El intercambio comercial con países de tradición anglosajona ha sacado en claro una patente realidad: la existencia de dos paradigmas muy diversos en materia de garantías mobiliarias —en inglés, *security interests*—. De los sistemas de garantías de influencia anglosajona y germánica, se predica su flexibilidad redundante en eficiencia económica. Del sistema latinocontinental, su arcaísmo y rigidez, incidente en la causación de perniciosos efectos macroeconómicos: la obstaculización del acceso al crédito comercial y a la oferta de financiamiento a tasas más elevadas, correspondientes al mayor grado de riesgo de incobrabilidad asumido por el acreedor.

Algunos organismos internacionales han adoptado abiertamente la evangelística misión de instar y convencer y persuadir a los países de tradición civilista a reformar sus sistemas legales de garantías¹¹. La OEA ha postulado una ley modelo. La propuesta incluye profundos cambios: *sustantivos* —por ejemplo, en cuanto al diseño conceptual de los bienes que pueden ser dados en garantía, y a las relaciones entre el acreedor y los terceros—; *institucionales* —en cuanto a la creación de registros unificados de garantías mobiliarias, con características muy diversas al sistema notarial y registral tradicional—; y *procesales* —en cuanto a la instauración de mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías. Muchos países de tradición civilista han dado pasos hacia la recepción, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, de lo

9 Y, en muchos casos, un proceso de des-aprendizaje.

10 La cual, efectivamente tuvo un origen sacro, según el decreto de Constantino del SIII.

11 Con un celo misionero tal, que no deja de activar las fibras de resistencia y desconfianza ante la influencia cultural y la dominación económica.

que se ha venido en denominar las *garantías mobiliarias de la tercera generación*.

La teoría jurídica que sustenta el régimen tradicional de garantías (estructurada sobre la *summa divisio* entre **garantías convencionales** –que se subdividen en *reales -ius in re aliena-*, como la hipoteca y la prenda, y *personales*, como la fianza y el aval–y **garantías legales** –a su vez bifurcadas en *privilegios especiales*, como el derecho de retención y *privilegios generales*, como los que refuerzan créditos alimentarios y laborales--), ha sido blanco de ácidas críticas. Se le reprocha, entre otros aspectos, a dicho sistema: Su rigidez, en cuanto al carácter *numerus clausus* de los modelos legales de garantía¹²; su estrechez, en cuanto a los bienes susceptibles de ser ofrecidos en prenda; su improductividad, en cuanto los bienes pignorados arrastran el gravamen y no admiten la subrogación real; su dogmatismo, en cuanto a la negativa oficial a la transmisión de la propiedad con función de garantía¹³ –función que se ha alcanzado mediante otras figuras, principalmente el fideicomiso y el pacto de reserva de dominio--; y, sobre todo, su lenta y costosa coercibilidad –centrada en el corpulento aparato de cobro judicial--. Todo lo cual confluye causalmente, se dice, en la incapacidad de adecuación a las necesidades del comercio y en el encarecimiento y la restricción del acceso al crédito. En una palabra: Se acusa, al sistema tradicional de garantías –vigente aún en el ordenamiento costarricense--, de **ineficiencia macroeconómica**.

Los desperfectos del sistema civilista tradicional han sido puestos de manifiesto por contraste con un universo jurídico paralelo, donde –se afirma-- rige un Derecho moderno de garantías mobiliarias –fecundado *in vitro*--, ciertamente menos simétrico, a nivel conceptual, pero del que se predicen y reconocen las virtudes que éste carece: vocación práctica y eficiencia económica.

El concepto de garantía mobiliaria:

La LGM, en su art. 2.1, define la garantía mobiliaria como un “*derecho real preferente conferido al acreedor garantizado sobre los bienes muebles dados en garantía*”. En el mismo párrafo, se especifica el contenido del derecho preferente del acreedor garantizado: “*ser pagado con el producto de la venta de los bienes dados en garantía o con la dación en pago de los bienes dados en garantía, de ser esta dación aceptada por el acreedor garantizado*”.

El hecho de que se califique a la garantía mobiliaria como un *derecho real* impone la revisión del concepto mismo de derecho real. En su concepción clásica, el derecho real se define como un vínculo jurídico entre un sujeto y una cosa (a excepción de las servidumbres, donde el ligamen conecta sendas cosas, el fundo sirviente y el fundo dominante), en virtud del cual el derechohabiente tiene el poder jurídico de extraer directamente las utilidades económicas de una cosa. El *Código Civil* define el derecho real como

12 En la práctica forense, se han creado mecanismos de garantía sobre la base de figuras típicas, como el fideicomiso, el mandato y el reporto; o atípicas, como el *escrow*.

13 Es bien conocida la línea jurisprudencial que sanciona con nulidad las ventas con pacto de retroventa, cuando los bienes han sido traspasados con fines de garantizar un financiamiento. Se trata de la aplicación del principio de proscripción del pacto comisorio (ex art. 421 del Código Civil).

aquel “*que se tiene en una cosa, o contra una cosa sin relación a determinada persona*”. El rasgo distintivo del derecho real es su aptitud de proveer *satisfacción inmediata* al interés del derechohabiente, a quien se reconoce la facultad de extraer directamente de la cosa –esto es, sin depender, a tal efecto, de la ejecución de una prestación a cargo de otro -- la utilidad correspondiente a su derecho: la apropiación de frutos civiles, naturales e industriales, si se trata del usufructo; el uso y disfrute, si se trata del derecho al goce; la tenencia de una cosa bajo el propio poder y voluntad, si se trata del derecho la posesión; el albergue, si se trata del uso y habitación; la disposición del valor de reserva y liquidación de un bien, si se trata de un derecho real de garantía; o todos ellos, si se trata de la propiedad plena.

La concepción tradicional del derecho real presupone un objeto determinado (sí, determinado, *no determinable*) y, además, *existente* (ya, en este preciso instante, no en el futuro)¹⁴. Esta exigencia se hace patente en las compraventas de cosas futuras, de cosas por adquirir y de cosas de género pendientes de ser contadas, pesadas o seleccionadas--, donde el contrato se perfecciona, en un primer momento, como un negocio jurídico *obligacional*, que únicamente produce –al menos al momento de su formación—obligaciones y créditos recíprocos entre vendedor y comprador. En las compraventas obligacionales el efecto *traslativo* del derecho real se pospone hasta la realización de una determinada condición suspensiva. No es sino hasta que la cosa futura vendida llegue *existir*, o que las cosas de género sean *determinadas*, que

el comprador deviene *propietario*. Antes de la determinación e individualización de la cosa vendida (por ejemplo, la selección de la vaca dentro de un hato), no se concibe que el comprador sea, ya, dueño de una, entre muchas cabezas de ganado del vendedor. Previamente a la determinación de la cosa vendida, se considera que el comprador tiene un *crédito*, es decir, un derecho personal *vis-à-vis* al vendedor, que lo faculta para constreñirlo al cumplimiento de la *obligación* de dar, pero no un derecho de propiedad. Antes de eso, es impensable suponer que el comprador ya tiene ingresado, dentro de su esfera patrimonial, un derecho real de propiedad sobre un animal indeterminado entre los muchos que integran la universalidad del vendedor; ni, tampoco, un derecho abstracto sobre el hato, digamos, por el valor del precio acordado o pagado, una copropiedad sobre una parte indivisa de la universalidad conformada por el hato. El comprador que pretendiere ya tener, antes de la determinación, un derecho real apto para reivindicar una vaca, en caso de sobrevenir un concurso de acreedores del vendedor, chocaría de frente contra la sana doctrina civilista.

Esa visión tradicional o clásica del derecho real, como un derecho *in re aliena* sobre una cosa existente y determinada, fue extensiva a los derechos reales típicos de garantía: las prendas e hipotecas. Lo fue, bajo el macizo esquema original del *Código Civil*. En primer término, la *Ley de Prendas* de 1941 le produjo algunas fisuras al mármol, al permitir la pignoración de ciertos bienes futuros y determinables. Por su parte, *Ley de Garantías Mobiliarias* hizo añicos el

14 Aunque no necesariamente *tangible*. La propiedad sobre un derecho (*rectius*, la titularidad) recae sobre una cosa existente y determinada, pero intangible, inmaterial.

molde original, al validar la constitución de derechos *reales* de garantía sobre cosas futuras, indeterminadas, futuras, fluyentes y mutantes. La misma garantía mobiliaria, flota y vuela de una flor a otra, como un colibrí.

Los dos pesados moldes legales, la hipoteca y la prenda, implicaban la imposición de un gravamen sobre una cosa existente y determinada, la cual debía arrastrar la obligación real, como una bola de hierro encadenada al tobillo. En materia hipotecaria, solamente el dueño podía --y puede-- constituir la hipoteca (art. 409 del *Código Civil*). Ergo, no era --ni es-- viable constituir una hipoteca genérica sobre los futuros inmuebles por adquirir. En el ámbito prendario, el *Código Civil* contemplaba la pignoración de dos tipos de bienes muebles: Cosas corpóreas y créditos. La prenda de cuerpos ciertos se concebía como un contrato real, cuyo perfeccionamiento requería, necesariamente, la entrega material del bien al acreedor o al tercero designado (con lo cual se eliminaba, desde la retina del tercero la presunción de titularidad del constituyente). Dicho modelo correspondía a la *pignus datum* romana, esto es, la prenda con desplazamiento posesorio. Bajo este modelo, no era concebible la pignoración de cosas futuras. Por otra parte, en lo que respecta a la pignoración de créditos, el *Código Civil* exigía, también como requisito de validez, la entrega "*del título*" al acreedor. Y si bien la voz título es polisémica --en unos casos alude a la causa adquisitiva¹⁵--, claramente el artículo 442 se refería al *documento* donde había de constar por escrito la constitución del crédito. Ahora bien, se ha preguntado qué valor podría tener --si

no meramente simbólico-- la entrega material del título constitutivo del crédito en presencia de créditos comunes no incorporados en títulos valores, donde, como se sabe, el papel cumple una mera función *ad probationem* y respecto de los cuales nada impide --por el contrario, lo más normal es-- la emisión de más un original o duplicado. En tales casos, la entrega material del título al acreedor, no producía la desposesión ostensible del constituyente, como sí ocurría en materia de cuerpos ciertos. ¿Sería acaso, que el acto de entrega material del título probatorio del crédito tendría una función ritual, una especie de acto simbólico representativo del compromiso del constituyente de abstenerse de cobrar directamente el crédito en detrimento de los intereses del acreedor prendario? Esta tesis, sostenida por algunos tratadistas, no nos parece del todo convincente. Había otra razón más poderosa. En nuestra opinión la entrega material del título tenía por función garantizar que el crédito pignorado, al momento de la constitución de la garantía, fuera existente y determinado. Cabe recordar el propio *Código*, en su artículo 1102, permitía la cesión de créditos futuros, condicionales y eventuales. En cambio, para la pignoración del crédito, se exigía la entrega material, al acreedor, del documento constitutivo del crédito. Nada obstaba la pignoración de créditos aleatorios o condicionales, siempre y cuando el crédito en cuestión ya existiera y estuviera documentado, lo cual se lograba mediante la exigencia de entrega material del título constitutivo del crédito.

El concepto de derecho real de garantía, como la afectación de una cosa *existente* y

15 Por ejemplo, v. el art. 43 del *Código Civil*: "...a título gratuito...a título oneroso".

determinada a la satisfacción de un crédito, vino a agrietarse a partir la promulgación de la *Ley de Prendas* de 1941. Esta ley, al mismo tiempo que derogó las normas del *Código Civil* sobre la prenda con desplazamiento posesorio, instituyó la figura de la prenda sin desplazamiento sujeta a publicidad registral, tal y como la conocimos hasta antes de la promulgación de la LGM (como vimos supra, el *Código de Comercio* del 64 absorbió el articulado de la *Ley de Prendas* del 41). En el elenco de bienes pignoraibles, se incluyeron los frutos pendientes y las futuras cosechas, con un horizonte temporal del año agrícola en que se constituye la prenda. Con la promulgación de la *Ley de Prendas* de 1941, quedó habilitada la constitución de derechos reales de garantía sobre cosas futuras de género (y, por consiguiente, inexistentes e indeterminadas al momento de la constitución de la garantía), al permitirse la formalización de una prenda sobre la futura cosecha correspondiente al año agrícola en que se constituye el gravamen. La prenda existía, jurídicamente, desde su constitución, aunque su objeto fuera, aún, físicamente inexistente. Con esta figura, entra en la escena patria, aunque de manera innominada, el concepto doctrinal de *bien mueble por anticipación*. De este modo, se le permitió al agricultor ofrecer, como garantía real pignoratícia de un financiamiento, bienes que, o todavía no existían, o eran inmuebles por naturaleza (ex art. 254, inciso 2 del *Código Civil*). La prenda sobre frutos y cosechas futuras se perfiló como una garantía real sobre bienes muebles futuros, cuya existencia jurídica iniciaría a partir de su desprendimiento y recolección, momento a partir del cual podrían ser comercializados.

La garantía mobiliaria sobre cosas futuras y sobre los bienes derivables, ha introducido,

en nuestra opinión, una nueva categoría de derechos reales: Los *jus ad rem* oponibles *erga omnes*. La categoría del *jus ad rem* surgió, no en Roma, sino en la Edad Media. En su origen fue considerada como una especie de derecho real a la adquisición futura de una cosa. Posteriormente, los juristas franceses que inspiraron el *Code* recalificaron los *jus ad rem* como derechos personales a la adquisición de una cosa. A diferencia del derecho real (*jus in re*), que es directamente realizable sobre el bien, el *jus ad rem* es un derecho que se ejerce contra *la persona* de un deudor, aunque encauzado hacia la adquisición de un derecho real sobre una cosa. No es otra cosa que la contracara de la *obligación de dar*. El acreedor de la obligación de dar –por ejemplo, el promisorio de una opción de compraventa– no tiene, propiamente, un derecho real sobre la cosa. El deudor podría incumplir su obligación, traspasando el bien a un tercero y, en tal caso –salvando la acción pauliana o de fraude de acreedores–, el acreedor no tiene más remedio que la responsabilidad civil obligacional. En principio, el acreedor del crédito traslativo no tiene derecho de reipersecutoriedad. Por ejemplo: En materia de opciones de venta de bienes inscritos, si bien el Registro admite la anotación, ésta no produce cierre registral, de modo que el propietario bien puede vender el bien a un tercero. La gran innovación de la LGM es que permite la constitución de *jus ad rem* oponibles *erga omnes*, en forma retroactiva a la fecha de la publicitación –o perfeccionamiento– de la garantía. Por consiguiente, el acreedor de una garantía mobiliaria sobre bienes futuros ostenta, sobre éstos, un derecho preferencial susceptible de satisfacción directa sobre las cosas. Se trata de un reflorecimiento de un concepto medieval: Parece que nada hay nuevo bajo el sol.

En el **plano sustantivo**, la LGM, antes que una mera reforma de la normativa prendas, implica un replanteamiento de muchas instituciones del Derecho civil y mercantil, iniciando por el concepto mismo de derecho real de garantía. Los atributos clásicos de la prenda: la *reipersecutoriedad* (la prenda sigue a la cosa pignorada aunque salga del patrimonio del constituyente) y la *especialidad* (el gravamen recae sobre bienes concretos y determinados), quedan destronados --al menos de su *status* de atributos genéricos--, para abrir espacio a la constitución de garantías *reales* flotantes, revolativas y sobre cosas indeterminadas, futuras e incorpóreas. Por otra parte, se instaura una forma especial de propiedad --la retenida o transferida *en función de garantía*¹⁶, con lo cual se legaliza --luego de cientos de años de prohibición-- el pacto comisorio. También, en el plano sustantivo, surge una nueva categoría típica de contratos: la de aquellos que, por su *función económica*¹⁷, están dirigidos a conformar una garantía como seguridad de un crédito. La LGM atrae, bajo su ámbito de imperio, una serie de figuras contractuales dispersas, legal o socialmente típicas, como el fideicomiso de garantía, el *escrow*, la venta en consignación, el *leasing* financiero, el *leasing* operativo de bienes de rápida obsolescencia, el *factoring* --en sus múltiples variedades--, la venta con pacto de reventa, los retractos contractuales inmobiliarios, el *escrow*, etc. El concepto de garantía mobiliaria, equivalente castellano al *security interest* anglosajón, funge como una red para pescar una rica variedad de figuras contractuales económicamente dise-

ñadas para asegurar el pago preferente de una obligación, brindando acceso a la liquidación, retención o apropiación de recursos económicos del constituyente de la garantía.

La noción de garantía mobiliaria se incorpora a nuestro Derecho positivo como un *chaleco* susceptible de ser encajado sobre diversos modelos contractuales, sin desnaturalizarlos, pero sometidos a su imperio. La técnica legislativa del *chaleco* consiste en instaurar un nuevo *género* para sujetar a un régimen uniforme un conjunto de figuras dispersas y heterogéneas, cuya tipicidad originaria se conserva, pero que ahora soporta sobre sí una nueva calificación jurídica que implicará el sometimiento a ciertos efectos jurídicos. Así, por ejemplo, el *leasing financiero* sigue siendo un híbrido de varias figuras típicas (arrendamiento, préstamo y venta--o promesa de venta-- con reserva de dominio) pero, en cuanto *funge* (económicamente) como instrumento de garantía del precio de una transferencia diferida, califica *también* como garantía mobiliaria. Y, por consiguiente, en lo sucesivo las empresas de *leasing*, en cuanto acreedores-garantizados (en los términos de LGM), tendrán la carga hacer inscribir su derecho, si es que quieren beneficiarse de la oponibilidad *erga omnes* --por ejemplo, en el contexto de un proceso concursal--. Y así habrá de ocurrir con múltiples figuras, nominadas o innominadas. De este modo, el concepto de garantía mobiliaria, antes que crear un nuevo *tipo* de garantía --al lado de otras figuras subsistentes, como la prenda con desplazamiento, la prenda

16 Aunque, como veremos, dicha forma de propiedad pre-existía a la LGM, en las figuras del fideicomiso de garantía y la venta con reserva de dominio.

17 La sección §9-109 (a) del UCC utiliza *test* de funcionalidad para determinar si una transacción merece ser calificada como un *security interest*, con abstracción de su forma (“...*regardless of its form*”).

irregular, el vale de prenda, la hipoteca, la cédula hipotecaria y el endoso en garantía--, lo que viene a crear es un nuevo *género* de garantías, respetando la libertad contractual en la creación de esquemas contractuales de garantías. Se produce la transición de un sistema *numerus clausus* de garantías reales¹⁸, a un sistema *numerus apertus*: el Derecho objetivo ya no impone a las partes un menú limitado de posibles esquemas de garantía, sino que deja abierta la posibilidad de creación contractual de garantías reales, las cuales quedan subsumidas bajo un **instrumento conceptual unitario**: la garantía mobiliaria¹⁹.

En las garantías mobiliarias de primera generación los bienes muebles se desplazan al acreedor o a un tercero. Más de desplazamiento posesorio, debería hablarse de congelamiento posesorio.

En las garantías mobiliarias de segunda generación los bienes dados en garantía no se desplazan (permanecen en posesión del constituyente), y si lo hacen arrastran sobre sí el gravamen. En las garantías mobiliarias de tercera generación lo que se desplaza es el gravamen, que gravita como un satélite sobre el patrimonio del deudor, pasando de un bien a otro, hasta el momento de la cristalización.

A la *primera generación*, pertenece la **prenda con desplazamiento** --el empeño--, que se perfecciona mediante la entrega real al acreedor y se hace ostensible a terceros

mediante publicidad posesoria. A la *segunda generación*, la **prenda sin desplazamiento**, perfeccionadas mediante negocios jurídicos formales sujetos a publicidad registral. En el plano económico, la principal diferencia entre la prenda *con* y *sin* desplazamiento, consiste en que, mientras en la primera los bienes quedan inmovilizados, en la segunda el deudor conserva el goce y aprovechamiento productivo de los bienes pignorados. La presunción de plena y libre titularidad que, en principio, acompaña la apariencia posesoria (conforme al principio rector de los bienes muebles no inscribibles, según el cual "*la posesión vale por título*"), se quiebra mediante el sometimiento del vínculo de garantía a publicidad registral. Con la inscripción, el acreedor prendario adquiere un *droit de suite* sobre la cosa, un derecho oponible *erga omnes*, llámense terceros poseedores (adquirentes derivativos) o acreedores individuales o concursales del garante. En contraste con las prendas de primera generación, las de segunda generación se representan como más eficientes en el plano económico, al permitir la continuidad de la explotación de los bienes pignorados. Sin embargo, comparadas con las garantías mobiliarias de *tercera generación*, las de segunda se proyectan como rígidas y anti-económicas, según veremos.

Las prendas de segunda generación --reguladas en nuestro país por el *Código de Comercio*-- pueden ser impuestas, tanto sobre bienes existentes, concretos y

18 En la práctica, según veremos, funcionan en Costa Rica, desde hace muchos años, muchos esquemas alternativos a la prenda y la hipoteca, los cuales se han construido tomando provecho del dúctil y maleable fideicomiso, y de otras figuras típicas, traslativas o no, como la venta con opción u obligación de recompra, el arrendamiento con promesa de venta, la venta con retroarrendamiento (*sale and lease-back*), los acuerdos de control de cuentas corrientes y de inversión, etc. Conforme avancemos en nuestro estudio, veremos de qué modo, en la práctica forense, ya existían muchas garantías mobiliarias atípicas desde antes de la promulgación de la LGM.

19 Unitary device

determinados (v.gr., automóviles, maquinaria individualizada), como sobre bienes de género y futuros: como animales²⁰, frutos, cosechas²¹, mercaderías y materias primas de toda clase y los productos presentes o futuros de las fábricas o industrias, cualquiera que sea su estado. La prenda sobre bienes muebles existentes, individualizados e inscritos —como vehículos y embarcaciones— tiene las características de una **hipoteca mobiliaria**, en la medida en que los gravámenes son fácilmente cognoscibles por los terceros, mediante un estudio de registro. En cambio, la prenda sobre bienes fungibles no inscribibles —y carentes de datos específicos de individualización, como números de serie—, o sobre bienes futuros, presenta mayores dificultades de reconocibilidad por terceros. Para evitar los conflictos entre los acreedores garantizados —a los cuales se les reconoce un privilegio especial oponible *erga omnes*²²— y los terceros de buena fe adquirentes de los productos o frutos pignorados, el Código de Comercio prescribe que “*en todo caso el precio de lo vendido se aplicará al pago de la deuda*”²³. Y para reforzar la coercibilidad tal obligación, el incumplimiento de tal obligación —en el diseño original del *Código de Comercio*—, estaba sancionada con el “*apremio corporal contra el deudor, que se mantendrá por todo el tiempo que tales obligaciones permanezcan sin cumplirse*”. Bajo este modelo, armado con el garrote prehistórico del apremio corporal, era de esperar que el acreedor optare por encauzar su reclamo contra el deudor. Sin embargo, como se sabe, la Sala

Constitucional ha decretado el desarme en materia de apremios corporales en materia civil. Lo cual, con todo, no ha implicado la total desaparición del incentivo: el riesgo moral sigue estando contrarrestado con la figura penal del estelionato. Cabe destacar, a los efectos de nuestro estudio, que el dinero producido por la venta de bienes pignorados debe ser destinado, necesariamente, **al pago** de la deuda, lo cual, según veremos, varía en materia de garantías mobiliarias de tercera generación.

Las garantías mobiliarias de tercera generación se caracterizan por la mayor flexibilidad en cuanto al grado de determinación de los bienes susceptibles de ser dados en garantía. Se admite como garantía cualquier derecho o situación jurídica **con valor comercial** —de lo cual los contratantes son los principales árbitros, con lo cual se recuperan espacios a la autonomía de la voluntad—. Se hace especial énfasis, como aspecto novedoso, en la posibilidad de ofrecer y dar en garantía bienes de género y futuros, como inventarios, cuentas por cobrar, etc. No se fijan límites temporales como el plazo máximo de un año estatuido por el *Código de Comercio* para la pignoración de frutos y productos futuros—. Se valida el **pacto de rotatividad**, en virtud del cual se produce una sucesiva o sustitución de los bienes garantizados. Esto permite dar en garantía bienes destinados a la circulación. Bajo el modelo de la prenda de segunda generación del *Código de Comercio*, también es factible pignorar mercaderías y materias primas. Sin

20 Limitados a una anualidad “desde la fecha del respectivo contrato” (artículo 533, inciso (f) del Código de Comercio).

El art. 543 reitera que el privilegio prendario sobre frutos o productos “durará sólo un año”.

21 También limitadas “al año agrícola en que el contrato se celebra”.

22 Art. 540 del Código de Comercio.

23 Art. 544 del Código de Comercio.

embargo, bajo el mismo modelo la prenda gravando la mercadería al ser enajenada. Una diferencia fundamental con la prenda de segunda generación, es que el gravamen **no sigue** al bien, como obligación real, ni, por consiguiente, tiene el acreedor derecho a la reipersecutoriedad (*droit de suite*). Las cosas garantizadas salen del patrimonio del deudor sin llevar sobre sí el gravamen. De este modo, se protege al tercero de buena fe, quien adquiere los bienes libres de gravámenes siempre y cuando el acto se encuadre en el contexto del giro normal de los negocios del deudor. ¿Pero qué pasa con el gravamen? Éste, en lugar de seguir a la cosa, se queda flotando sobre el patrimonio del deudor, y es dotado de nuevos contenidos: Se extiende a los nuevos valores o bienes que derivan de, o sustituyen a los bienes originalmente dados en garantía. El producto líquido de la venta de los bienes **no se aplica**, como el modelo del *Código de Comercio*, **al pago** de la obligación garantizada, sino que **sustituye** a los bienes originales. Y es aquí donde inician los problemas de orden teórico: ¿Cómo reconocerle al acreedor un derecho *real* sobre una suma de dinero que su deudor obtuvo de la venta de la mercadería, monto que se diluye —y evapora!— en la cuenta bancaria del deudor. Ahora bien, el nuevo inventario, o la nueva materia prima que se adquiriera sucesivamente, con el dinero de la primera venta, vienen a quedar afectados al vínculo original. Tales bienes sustitutos, que se denominan en el Proyecto “*bienes derivables*” o “*bienes atribuibles*”, se incorporan al vínculo jurídico original. Debe repararse en que esta incorporación sustitutiva, o **subrogación real** de nuevos bienes al vínculo original, **carece de efectos novativos**: Se da continuidad al contrato original constitutivo de la garantía mobiliaria. Ello cobra relevancia en cuanto

a la oponibilidad del derecho del acreedor *vis-à-vis* a los otros acreedores individuales o concursales del deudor, así como en cuanto al anclaje temporal de la fecha de constitución de la garantía, a los fines de escapar —por virtud de la antigüedad— a los períodos de sospecha de las acciones revocatorias concursales y a otros eventos sobrevinientes, como la liquidación de bienes gananciales. Por consiguiente, la prioridad del acreedor garantizado se retrotrae a la fecha de inscripción registral de la garantía (*prior in tempore potior iure*). Sin embargo, las reglas de la publicidad registral de estas garantías son radicalmente distintas del sistema notarial-registral de las prendas de *segunda generación*.

Si bien el *Código de Comercio* admite la pignoración de materias primas, no resuelve el delicado problema de qué ocurre en caso de incorporación de dichas materias a otros materiales para la producción de nuevos bienes. En las garantías mobiliarias de tercera generación, la incorporación de los materiales a otros bienes se da por sentada. En la LGM los bienes producidos con tales materias primas son bienes derivables o atribuibles a los bienes originales, por lo que quedan cubiertos —en su caso, parcialmente— por el gravamen original.

Otro de los focos temáticos de las garantías de *tercera generación* es la admisibilidad de los acuerdos de transferencia o de retención de la propiedad con función de garantía; lo cual obliga a revisar la cuestión de la proscripción, o no, del pacto comisorio. Además, se produce una ruptura con el principio de tipicidad de las garantías reales, recortadas, sobre el patrón de la hipoteca y de la prenda, como derechos reales **en cosa ajena** (*ius in re aliena*). Los acuerdos

de transferencia de propiedad **al acreedor**, con función de garantía, han sido vistos con malos ojos, como pactos comisorios, agua empozada atractiva al agujón del abuso. Y subrayamos “al acreedor”, pues en nuestro Derecho positivo la transferencia de la propiedad con función de garantía se acepta positivamente desde hace muchos años, siempre y cuando se realice a favor de **un tercero**, en el contexto del contrato de **fideicomiso de garantía**. Del fiduciario se espera que juegue un rol imparcial, o al menos no alineado a todos los apetitos del fiduciario. En contraste, la jurisprudencia civil mantiene una sólida línea jurisprudencial de nulidad de las ventas con pacto de retroventa concertadas como mecanismo de garantía de una operación de financiamiento, por ser violatorias del principio de proscripción del pacto comisorio. El fantasma del pacto comisorio se ha dejado ver también en el ámbito bursátil, donde las tradicionales recompras han sido sustituidas por el reporto tripartito, esquema en que el título se transmite a un fiduciario.

En cambio, pese a que el efecto económico es exactamente igual al del pacto comisorio, rara vez se cuestiona la validez de **pacto de reserva de dominio**. Ese acuerdo, que es la médula espinal del *leasing* financiero, el acreedor mantiene la propiedad de la cosa hasta la plena satisfacción del crédito, y recupera la posesión de *lo suyo* sin trámites judiciales (a lo sumo, por vía de la denuncia penal por retención indebida).

Quiero aprovechar los minutos que quedan para ejemplificar cómo la LGM toca y somete tres figuras que forman parte de nuestra práctica forense: El fideicomiso el leasing y el factoraje:

Fideicomiso

El fideicomiso ha sido, en la práctica comercial costarricense, un instrumento precursor de las garantías mobiliarias de tercera generación. Muchos de los efectos buscados por la LGM --como la constitución de garantías sobre la actividad económica de una empresa en marcha, incluyendo sus inventarios y la universalidad compuesta por bienes muebles e inmuebles, materiales e inmateriales, adscritos a una organización productiva (el *fond de commerce* francés, la *azienda* italiana), así como la reposición y ejecución extrajudiciales-- se vienen logrando, desde hace muchos años, a través de la figura del fideicomiso. Es cierto que el fideicomiso es mucho más que instrumento de garantías.

La LGM alcanza y cubre al fideicomiso, por diversos flancos. En primer lugar, es claro que los fideicomisos de garantía de bienes muebles de todo tipo, o de universalidades, como establecimientos mercantiles, califican, *per se*, como garantías mobiliarias. *A priori*, el traspaso, en función de garantía, de la propiedad fiduciaria sobre bienes inmuebles, quedaría excluido de la LGM. Sin embargo, incluso los fideicomisos inmobiliarios, y los fideicomisos mobiliarios constituidos con fines diversos a la garantía, crean *derechos personales* susceptibles, ellos mismos, de ser el objeto de una garantía mobiliaria. Tanto el *jus ad rem* del fideicomitente a la devolución de la propiedad sobre los bienes fideicomitados, una vez extinguida la obligación, como los créditos de los fideicomisarios, califican como bienes muebles (ex art. 256 del *Código Civil*) --aun cuando los bienes fideicomitados sean inmuebles-- en la medida en que se trata de derechos de crédito *vis-à-vis* al

fiduciario. La satisfacción de los derechos del fideicomitente y del fideicomisario no opera de manera inmediata, sobre los bienes fideicometidos, sino que pasa a través de *la persona* del fiduciario. Es cierto que el artículo 255 del *Código Civil* califica como bienes inmuebles *por disposición de ley*, a los derechos reales sobre inmuebles, como lo son los derechos reales *in re aliena* (hipotecas y servidumbres). Sin embargo, en Costa Rica el fideicomitente y fiduciario no tienen, sobre los bienes, derechos *in re*, sino derechos *ad rem*. En otros ordenamientos, el traspaso en propiedad fiduciaria produce el efecto del desdoblamiento de la propiedad: El fideicomitente conserva un tipo de propiedad (la propiedad material), en tanto que el fiduciario adquiere otro tipo de propiedad (la propiedad formal sobre los bienes fideicometidos). En Costa Rica, en cambio, no se produce semejante efecto de desdoblamiento: el fiduciario adquiere la única propiedad, la cual se transforma de plena a fiduciaria (propiedad sujeta-a-fines, en interés de otro), y los demás interesados, el fideicomitente y el fideicomisario adquieren derechos personales, es decir, créditos *vis-à-vis* al fiduciario. El fideicomitente y el fiduciario adquieren *jus ad rem*, que son derechos *personales* a la adquisición de una cosa, no derechos reales. La naturaleza personal del derecho del fideicomisario no se demerita por el hecho de que el artículo 654 del *Código de Comercio* lo faculte para “*perseguir los bienes fideicometidos*” que hubieren salido indebidamente del patrimonio fideicomisado, pues la misma norma dispone que el fin de dichos esfuerzos es la recomposición del patrimonio fideicometido: “...*para reintegrarlos al patrimonio fideicomisado*”. De este modo, la satisfacción del interés del fideicomisario en las cosas fideicometidas siempre queda mediatizado

por el cumplimiento del fiduciario de sus prestaciones y, en su caso, de la obligación de dar. Nótese que la norma no faculta al fideicomisario para perseguir los bienes distraídos e incorporarlos directamente a su propio patrimonio personal. Se trata de una suerte de acción subrogatoria, concedida directamente por el legislador al fideicomisario.

El leasing

Independientemente del *nomen iuris* con el que las partes hubieran bautizado el contrato, se hace necesario determinar si quien figura como el dador de la cosa es, **en realidad**, un *arrendante*, o si, por el contrario, es un *acreedor garantizado*, en los términos de la *Ley de Garantías Mobiliarias*. Es preciso, entonces, discernir si se está en presencia de un *verdadero* arrendamiento, o si, por el contrario, si el contrato es un instrumento de garantía de una venta financiada.

Tal determinación interesa a muy importantes efectos. El primero concierne a la posición del dador de la cosa frente al concurso o quiebra del receptor del bien. Dicha posición varía significativamente, según que el dador sea considerado como un *verdadero arrendante* o bien como un *acreedor garantizado*. El *verdadero arrendante* tiene derecho a recuperar la cosa arrendada (por ejemplo, la maquinaria dada en alquiler al fallido), aun cuando el contrato de arrendamiento en cuestión no estuviere inscrito en ningún registro público. En cambio, el *acreedor garantizado* tendría un derecho preferente a ser pagado, hasta el límite del saldo de su acreencia, con el producto de la liquidación del bien, y siempre y cuando hubiere cumplido las formalidades de oponibilidad a terceros de la garantía mobiliaria, a saber: la carga

de inscripción en el Sistema de Garantías –a menos, claro está, que se esté bajo alguna de las hipótesis de excepción donde la garantía mobiliaria deviene automáticamente oponible a terceros, sin necesidad de inscripción--. Antes de la LGM, las empresas de *leasing* financiero tenían derecho a reivindicar su derecho de propiedad frente a los acreedores de la persona sujeta a concurso. A partir de la LGM, si la operación califica como una garantía mobiliaria, lo que la empresa de *leasing* financiero ostenta es un crédito preferente. Crédito que se restringe al saldo deudor de la operación de financiamiento. El acreedor de la garantía tiene una propiedad en función de garantía, que en última instancia se traduce en un derecho a pagarse *el saldo* de su crédito, con el producto de la liquidación de la cosa, o con la cosa misma –mediando un pacto de apropiación no abusivo--. Pero, en todo caso, el interés del *acreedor garantizado* se concentra en la satisfacción del saldo deudor de una operación de financiamiento, no el ejercicio de los atributos clásicos del dominio (restitución, reivindicación). La LGM viene a erradicar una fuente de injusticia o abuso en los contratos de *leasing* financiero: la cláusula según la cual la empresa arrendante tenía derecho a recuperar íntegramente la cosa, aun cuando el usuario ya hubiera abonado un parte significativa del valor venal del bien.

En segundo lugar, la calificación del contrato de *leasing financiero* como una garantía mobiliaria, aplica las reglas que protegen al deudor frente al abuso del acreedor, como las cláusulas penales abusivas.

En tercer término, la calificación en cuestión interesa a los efectos contables. Uno de las directivas deónticas es que los estados financieros han de reflejar razonablemente la

realidad económica del sujeto. En principio, un contrato de *verdadero arrendamiento* no se contabiliza como un pasivo, en los estados financieros del arrendatario. En cambio, las obligaciones pecuniarias provenientes de un contrato no resiliable (o resiliable contra el pago de una multa económicamente prohibitiva) de *leasing* financiero, deben ser registradas como pasivos. Esto cobra importancia en materia de razones financieras de endeudamiento, o de cumplimiento de ciertas obligaciones de no-hacer, como la de no contraer nuevas deudas sin el previo consentimiento de un acreedor (las llamadas prendas negativas o *negative pledges*).

Finalmente, la calificación interesa fundamentalmente a los fines fiscales. En el *verdadero arrendamiento* es el arrendador quien tiene derecho a deducir los gastos por depreciación de la cosa. En las operaciones de adquisición financiada tal derecho le correspondería al *accipiens* (quien figura como usuario o arrendatario en los contratos de *leasing* financiero).

El factoraje

Uno de los capítulos más innovadores de la LGM es el II, concerniente a las garantías “sobre créditos y cuentas por cobrar”. El capítulo se refiere a los **créditos no cambiarios**, es decir, derechos personales **no** incorporados: 1. En títulos valores cambiarios (como letras de cambio, pagarés, certificados de inversión); ni **tampoco**: 2. En valores escriturales (anotaciones en cuenta), que son valores desmaterializados sujetos a un régimen análogo a los títulos valores cambiarios, fundamentalmente en lo concerniente a la abstracción y la adquisición a *non domino*.

Los **créditos no cambiarios** tradicionalmente han estado sujetos a los principios de base de la adquisición derivativa de derechos: el *nemo plus iuris* y el *resoluto iure dantis*. El cesionario y el acreedor pignoraticio del crédito cedido o pignorado, no recibe más, ni mejor derecho que el derecho que ostentaba el acreedor original, quien cede o da en garantía el crédito en cuestión. El *nemo plus iuris* se traduce en la potestad conferida al deudor para oponer, a los causahabientes particulares de su acreedor, las mismas excepciones reales o personales que hubiera podido oponer a su acreedor. Y si el crédito del cedente se resuelve por incumplimiento de una obligación correlativa de éste *vis-à-vis* al cedido (*resoluto iure dantis...*), igual suerte corre el crédito del cesionario (*...resoluto ex ius accipientis*).

En contraste, los **créditos cambiarios** (que corresponden a los que en el Derecho anglosajón se conoce como *negotiable instruments*), se caracterizan por la abstracción. *Abstraher* significa, en este contexto, *separar, disociar* una deuda —la documentada en el título valor cambiario— de su antecedente causal —la relación jurídica de base donde germinó el crédito—. Desde el punto de vista práctico, el deudor de una obligación abstracta no puede invocar, frente al causahabiente particular de su acreedor, las mismas defensas o excepciones extra cartulares (es decir, aquellas externas, que no consten del título mismo) que hubiera podido oponer a su acreedor. El crédito, al circular en propiedad o en garantía, se separa, se desliga —*rectius*, se *abstrahere*— de la relación jurídica de donde efluyó, para convertirse en una entidad autónoma, sin padre ni madre ni genealogía —como *Melquisedec*—; y, entonces, deviene inmune a las defensas basadas en las relaciones

entre el deudor y el acreedor original. En la circulación derivativa de créditos cambiarios se desactiva el *nemo plus iuris* y se aplica, la protección al tercero de buena fe, adquirente *a non domino*. Así, no sin cierta crudeza —como para que le quede bien claro al lector—, lo preceptúa el artículo 669 *bis* del *Código de Comercio*: “[el tercero de buena fe]... *adquire válidamente el derecho representado en el título, aunque el transmitente no sea el titular, y cualquiera que sea la forma en que el titular haya sido desposeído*”. Lo mismo ocurre en la hipótesis de resolución del derecho del tomador original del título, con lo cual queda también desactivado el *resoluto iure dantis*.

No es difícil imaginar qué tipo de crédito resulta preferible, desde el ángulo visual del acreedor. La abstracción es la tierra prometida del comerciante. Si sus deudores, los compradores a plazo, contraen obligaciones susceptibles de ser separadas (digamos, *rebanadas*) del contrato original, los créditos resultantes de dichas operaciones se convierten en bienes negociables, descontables, por ejemplo, a favor de una entidad financiera dedicada al factoreo. *Por ejemplo*: Un comerciante vende a crédito 500 lavadoras automáticas de ropa. Por cada operación, se documentan 500 créditos, en promedio a un año plazo de recuperación. El comerciante puede elegir entre: 1. Esperar que maduren —es decir, que venzan, o que devengan exigibles—y, en tal caso, el comerciante actuaría como financista de sus clientes; ó 2. Buscar algún modo de recibir liquidez anticipadamente. A tal fin, puede concertar un contrato con una empresa financiera o de factoraje, para que ésta le provea recursos contra dichos créditos. En este punto, se ofrecen varias opciones. Una es vender los créditos *en firme*, de tal manera que la

empresa de factoraje adquiera la titularidad definitiva de los créditos y asuma el riesgo de incobrabilidad. Este es el mundo ideal para el comerciante: Obtener dinero líquido, el cual puede emplear para comprar nueva mercadería y acelerar el ciclo productivo de su negocio. Sin embargo, difícilmente va a encontrar una empresa de factoraje dispuesta a asumir el riesgo de incobrabilidad de la cartera. Y si lo encuentra, posiblemente dicho álea se castigue con un descuento tan significativo del precio de venta de los créditos, que haga poco atractivo el negocio. Pero, además, hay otro riesgo, desde el ángulo visual del potencial cesionario de los créditos, que se hace patente en presencia de créditos causales (o no cambiarios): el riesgo de oponibilidad –por parte de los deudores cedidos—de excepciones o defensas basadas en la relación causal subyacente. Así, por ejemplo, si resulta que las lavadoras vendidas presentan defectos de fabricación, muy posiblemente los deudores cedidos se negarán a pagarle al cesionario, invocando –entre otras—la *exceptio inadimpleti contractus*. Ambos riesgos, el de incobrabilidad y el de oponibilidad de defensas causales, obstaculizan la realización del mundo ideal visualizado por el comerciante (la venta *en firme* de sus créditos y, además, por un buen precio). Surgen, así otras opciones, en las que el factor acepta adelantarle al comerciante algunos recursos, pero a título

de financiamiento. En garantía, recibe los créditos, ya no en firme como contrapartida de un precio irrepetible (*pro soluto*), sino *pro solvendo*, como garantía del repago de los adelantos más la utilidad pactada (la tasa de descuento de los créditos).

Los créditos **no cambiarios** que, en el ámbito mercantil consisten, fundamentalmente, en cuentas por cobrar por ventas realizadas a crédito y servicios prestados contra remuneración diferida, tradicionalmente se han caracterizado por su *causalidad*. La causalidad significa que, aun cuando el crédito fuere cedido o gravado, el deudor siempre conserva el derecho a oponerle al cesionario, al acreedor pignoraticio y, en su caso, al adjudicatario, las mismas excepciones que hubiera podido oponer al cedente –es decir, a su acreedor original--²⁴. Cabe recordar, *en passant*, que en este contexto la noción de *excepción* no se utiliza en su acepción procesal, sino en sentido sustantivo, como *derecho a negar la prestación*²⁵. Sin embargo, es de observar cómo se han ido abriendo, en el Derecho patrio, grietas a la causalidad, delimitando algunas zonas donde lo que impera es lo opuesto a la causalidad, que es la *abstracción*. El *Código de Comercio* del 64 instituyó, desde su promulgación, la figura de la metamorfosis de un crédito originariamente causal en un crédito parcialmente abstracto. A tal fin, se establece, en artículo 492, un plazo cortísimo de tres días de caducidad,

24 Preceptúa, en tal sentido, el párrafo primero del artículo 1111 del Código Civil: “El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones reales o personales que hubiera podido oponer al cedente y puede hacerlas valer, aunque no hubiera hecho ninguna reserva a este respecto al notificarle la cesión; aun en el caso de aceptación pura y simple, podrá oponer toda otra excepción fuera de la compensación, salvo el reparar el perjuicio causado al cesionario por la aceptación, si según las circunstancias, constituyera ésta una falta o imprudencia grave de su parte.”

25 LARENZ, Karl: *Derecho de Obligaciones*. Tomo II, Traducción de Jaime SANTOS BRIZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 448.

dentro del cual el cedido le puede oponerle al cesionario excepciones extrínsecas al título²⁶. Vencido ese plazo, se produce un efecto de abstracción parcial: La obligación se desliga de la relación subyacente, en cuanto a vicios no ostensibles, que no deriven del título mismo. La mutación de un crédito causal en un crédito semi-abstracto, por efecto del silencio del cedido, es una particularidad de la cesión de créditos regida por el *Código de Comercio*. Se trata, en efecto, de un *ius singulare* instituido en el *Código de Comercio*, en virtud del cual el cesionario llega a acceder a la posición de seguridad que emana de la abstracción. Sin embargo, es de hacer notar que al momento crucial de formación del contrato de cesión del crédito, el potencial cesionario desconoce si el cedido habrá de ejercer en tiempo su derecho a invocar excepciones extrínsecas, basadas en la relación contractual subyacente. La existencia, al momento de la formación del contrato, de un riesgo actual de oposición de excepciones por el deudor, constituye un costo transaccional.

En 1997 se abrió una nueva grieta al principio de causalidad de la cesión de créditos, con motivo de las reformas al *Código Civil* y al *Código de Comercio* operadas mediante la *Ley Reguladora del Mercado de Valores*, número 7732 de 17 de diciembre de 1997.

Esta ley reformó y adicionó ambos códigos de Derecho Privado, introduciendo la figura de la cesión de créditos a los fines de la constitución de una garantía para la oferta pública de valores. El alcance de esta reforma fue bastante limitado, al quedar subjetivamente restringido a las cesiones en garantía efectuadas por los bancos y entidades financieras autorizadas para realizar oferta pública de valores. Se habilitó la cláusula de consentimiento anticipado del deudor en la transferencia de su crédito sin notificación. Se instituyó un régimen de oponibilidad automática al cedido y a los terceros a partir de la fecha cierta de la cesión en garantía de los créditos. Además, se generó una abstracción parcial, al limitar a una mancuernilla de hipótesis taxativas las posibles excepciones que el deudor puede oponerle al cesionario²⁷: nulidad de la relación crediticia y pago anterior a la cesión, siempre y cuando el pago constare documentalmente. Cualquier otra excepción real o personal, incluido el pago indocumentado, quedó expresamente excluida. Esta reforma se propuso facilitar la titularización de carteras de créditos hipotecarios²⁸.

La incrustación del artículo 460 *bis* del *Código de Comercio* –acaecida en 2008 mediante Ley 8634 de 23 de abril de 2008–, cuyo texto se limita parcamente a enunciar

26 Artículo 492, párrafo primero del Código de Comercio: “El deudor a quien se haga saber la cesión y tenga que oponer excepciones que no resulten del título cedido, deberá hacerla presente en el acto de la notificación o dentro del tercer día. Si no hiciere manifestación alguna acerca de tales excepciones dentro de ese término, serán rechazadas si se tratara de hacerla valer posteriormente. Las excepciones que aparezcan del documento, podrán oponerse al cesionario en cualquier tiempo en la misma forma en que habrían de oponerse al cedente.”

27 Artículo 1111, párrafo segundo del Código de Comercio (introducido por la Ley 7732): “Para las operaciones previstas en los incisos a) y b) del numeral 1104, el deudor únicamente podrá oponer, contra el cesionario, la excepción de pago, siempre que este se encuentre documentado y se haya realizado con anterioridad la cesión; y la de nulidad de la relación crediticia.”

28 Cabe acotar que la titularización de carteras de créditos hipotecarios sub prime jugó un rol protagónico en la crisis económica universal que estalló en 2008.

que “[l]a factura podrá ser transmitida válidamente por endoso”, implicó un nuevo avance de la *abstracción* en los territorios antes gobernados por la *causalidad*. En este caso, el ámbito de la reforma fue considerablemente más amplio, al abarcar el ámbito de los créditos por compraventas mercantiles, documentados en facturas. La circunstancia de que un documento meramente probatorio de una obligación, que se suele emitir por duplicado y que tradicionalmente no incorporaba ningún derecho ni, por consiguiente, era considerado título valor, ahora fuera susceptible de transmisión por endoso, originó serias dudas interpretativas. Emerge la duda sobre si el endoso de la factura produce los efectos del endoso traslativo de títulos valores, específicamente la abstracción y la autonomía; o si, por el contrario, el deudor puede oponerle al endosatario de la factura todas las defensas y excepciones basadas en la relación contractual original. Estos aspectos no quedan claros en la ley. Sobre el endoso de **facturas** –habilitado mediante el artículo 460 bis, agregado al *Código de Comercio* mediante Ley número 87 de 7 de mayo de 2008–, existe laguna normativa en materia de responsabilidad del endosante. Si bien se reformó el sistema de transmisión de los créditos documentados en facturas, la reforma no alcanza a convertir la factura en un título valor ni, por consiguiente, a convertir la obligación en ella documentada en un crédito abstracto y autónomo.

A favor de una respuesta positiva, se podría aducir que, por tratarse de créditos ahora endosables, quedaban excluidos del régimen de la cesión de créditos. En efecto, el artículo 492 del *Código de Comercio* da claramente a entender que el contrato de cesión es el vehículo traslativo de los *créditos no*

endosables. Sin embargo, no necesariamente la circulación por endoso implica la supresión de la causalidad. El endoso de una póliza de seguros, a diferencia del endoso de un título valor cambiario, no produce el efecto de abstracción característico del endoso de un título valor cambiario de previo a su vencimiento. El endoso de la póliza de seguros no impide que el asegurador le oponga al endosatario todas las excepciones que podía haberle opuesto al endosante (art. 29 *Ley Reguladora del Contrato de Seguro*).

La LGM le ofrece al comerciante medios para transformar sus créditos no cambiarios, causales, en créditos abstractos, negociables. A primera vista, el artículo 24 de la LGM pareciera estar motivado por el principio *favor debitoris*, cuando enuncia, en el artículo 24, la regla según la cual la constitución de una garantía sobre un crédito “no podrá modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del deudor del crédito que fue cedido o gravado...”. Si la frase llegara hasta allí, si luego de “gravado” existiera un punto y aparte, no cabría ninguna duda de estar en presencia de una norma pro-parte-deudora. Sin embargo, las últimas tres palabras –“...**sin su consentimiento**”– habilitan exactamente el efecto contrario. *A priori*, el lenguaje imperativo de la norma –“no podrá...”– sugiere una prohibición, una norma de orden público limitativa de la libertad contractual. Sin embargo, esas tres palabras finales privan a la norma de toda fuerza prohibitiva, y la reducen a una simple norma supletoria. De manera sutil, el artículo 24 viene a legalizar –y entrelíneas, casi que a estimular y fomentar– el pacto entre acreedor y deudor en cuya virtud la eventual constitución de una garantía mobiliaria los créditos no cambiarios implique la agravación y el desmejoramiento de la posición que tenía

el deudor *vis-à-vis* a su acreedor original, en la relación causal subyacente. En realidad, se trata de una disposición claramente *favor creditoris*, que, en simple castellano, plano y llano, debería leerse así: “*Es válido el convenio entre acreedor y deudor en virtud del cual la constitución de la garantía torne más onerosas las obligaciones del deudor*”.

En efecto, según veremos, son las partes acreedoras –en plural– las beneficiarias de este *pacto de agravación de las obligaciones del deudor*, cuya validez el artículo 24 viene a reconocer. Se favorece, en primer lugar, al acreedor original de créditos tradicionalmente causales, quien, a través de la inserción de una cláusula de renuncia anticipada de oposición de excepciones, puede procurarse créditos abstractos, es decir, en instrumentos negociables susceptibles de ser desligados de sus propias obligaciones correlativas. Y, en segundo lugar, también se beneficia el acreedor garantizado, el *accipiens* del crédito abstracto, a quien el deudor no puede oponer excepciones derivadas de la relación subyacente. El deudor queda amarrado, frente a un tigre suelto y sin posibilidad de defenderse aun cuando su acreedor, como deudor de una obligación correlativa, le hubiera fallado --*v.gr.*, entregándole una cosa defectuosa, o incluso *un aliud pro alio*--.

El artículo 27 de la LGM enuncia la conocida regla de derecho común de oponibilidad al cesionario, por parte del deudor cedido, de todo tipo de “*excepciones reales y personales resultantes del contrato original*”. Pero, acto seguido, el artículo 28 tiende un puente de plata hacia la tierra prometida de la abstracción. En efecto, el artículo 28 legaliza el **pacto de abstracción y de renuncia de excepciones**, sin contemplar distinción alguna si el renunciante es un deudor profesional o un consumidor: “*El deudor*

del crédito cedido podrá acordar con el deudor garante o cedente, o con el acreedor garantizado que renuncia oponer, en contra del acreedor garantizado, excepciones y derechos de compensación que el deudor del crédito podría oponer, siempre y cuando estas se hayan documentado con fecha anterior a la cesión”.

Por consiguiente, los compradores a plazo de las lavadoras inservibles no podrían excusarse de pagar sus débitos *vis-à-vis* al cesionario, aduciendo la *exceptio inadimpleti contractus*. Para efectos prácticos: Los deudores quedan constreñidos a pagar sus débitos a primer requerimiento, (o en su defecto, expuestos a tener que soportar la agresión de su patrimonio por las vías ultra rápidas de la ejecución extrajudicial o la monitoria desatascada) y –si aún le quedaran recursos para pagar a un abogado, ejercer la garantía redhibitoria frente a su vendedor por los tortuosos caminos del juicio ordinario, donde cada viaje es una peregrinación de varios años. Los comerciantes logran una ventaja apreciable: sus créditos se disocian de las obligaciones correlativas. Los créditos del comerciante provenientes de contratos sinalagmáticos se liberan de la incómoda reciprocidad y de la odiosa excepción de inejecución, quedando convertidos en derechos abstractos negociables. El otro comerciante, el *accipiens*, recibe créditos coercibles por la vía más expedita posible. El hecho de que la LGM no discrimine entre deudores profesionales (comerciantes) y consumidores, implica un retroceso en cuanto a la protección del consumidor, o, dicho de otro modo, una reconquista, por los comerciantes, de territorios perdidos frente a los avances del Derecho del Consumo. Este contraataque del Derecho Comercial, cristalizado en la abstracción de

los créditos no cambiarios, lo protege la LGM con sus propias defensas cortafuegos. Es emblemático, en tal sentido, el *principio de especialidad* postulado artículo 76 de la LGM: “*Las disposiciones contenidas en la presente ley para la constitución, efectividad, registro, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias deben aplicarse con preferencia a las contenidas en otras leyes*”. Es imposible no pensar en que entre esas *otras leyes* que habrían de abstenerse de interferir con el régimen de garantías mobiliarias, se incluye la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del

Consumidor. De prestársele oídos –sin una lectura en clave constitucional armónica con el artículo 46 de la *Carta Magna*—a la autoproclamada superioridad jerárquica del artículo 76 LGM, entonces se llegaría a la conclusión de que, frente al señorío de la LGM, quedaría expatriada la Ley 7472, e inoperantes sus disposiciones de protección al consumidor frente a cláusulas abusivas, como lo serían, sin lugar a dudas, aquellas que “*favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente*”.²⁹

29 Art. 42, inciso (c) de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.